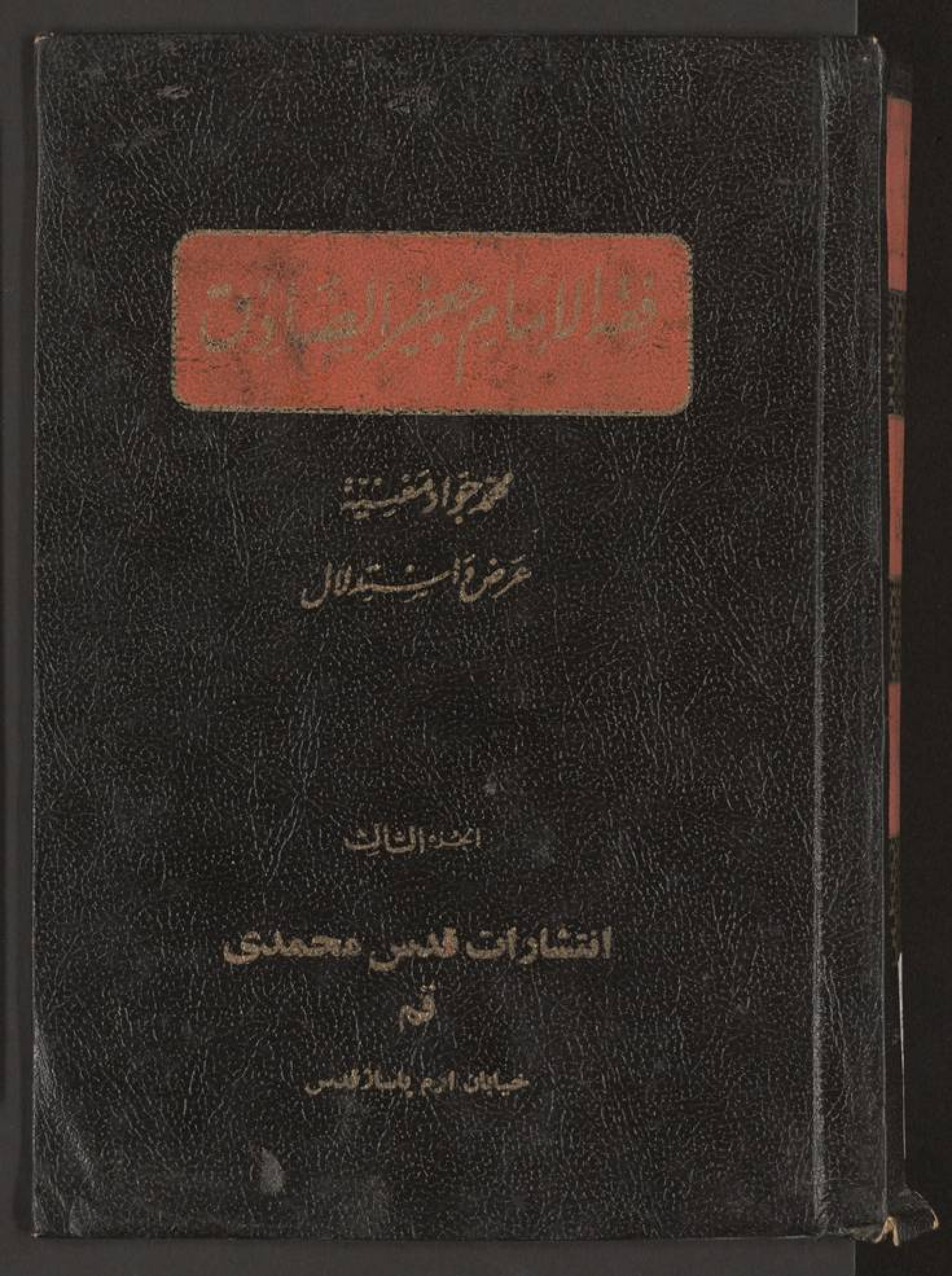
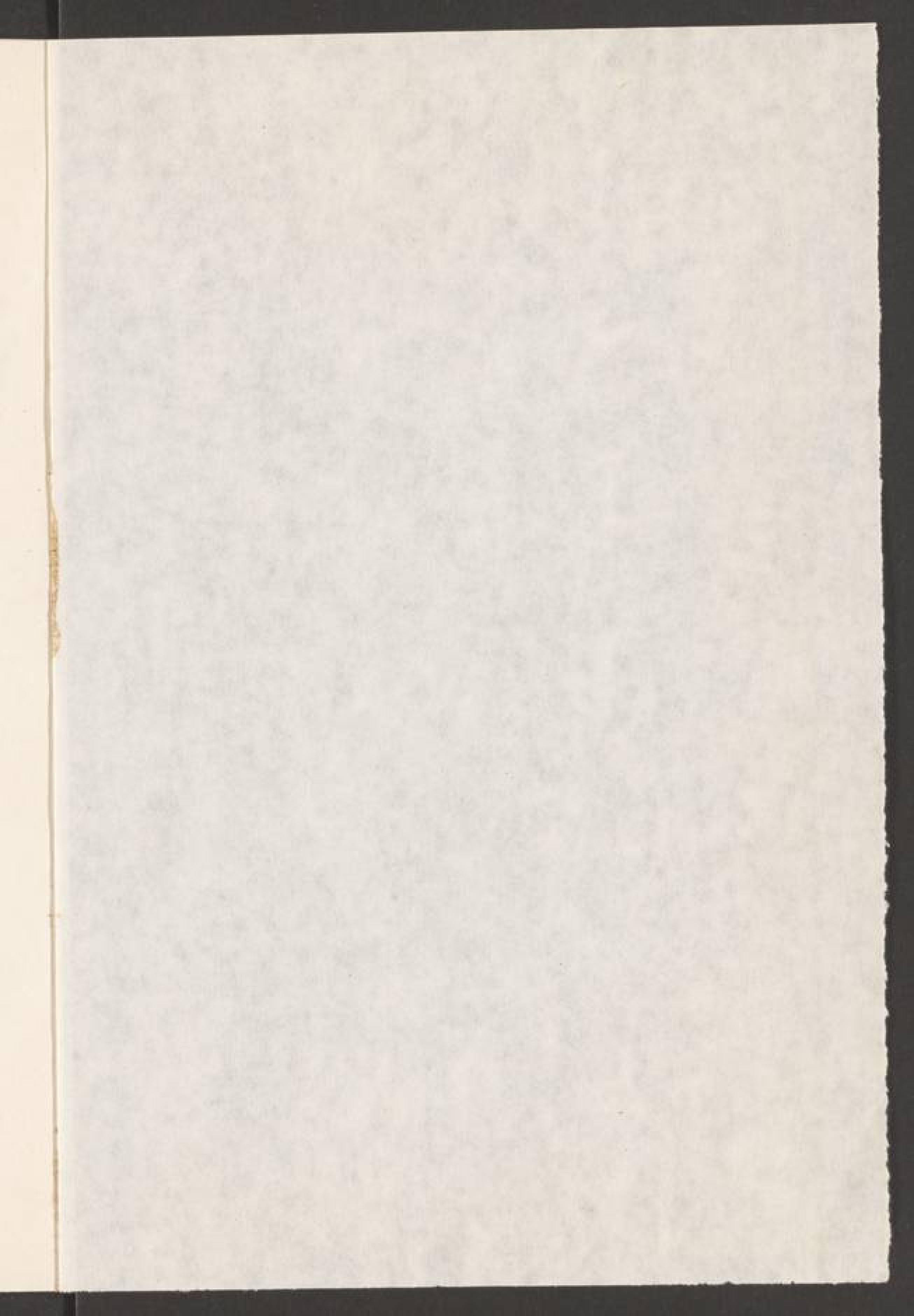
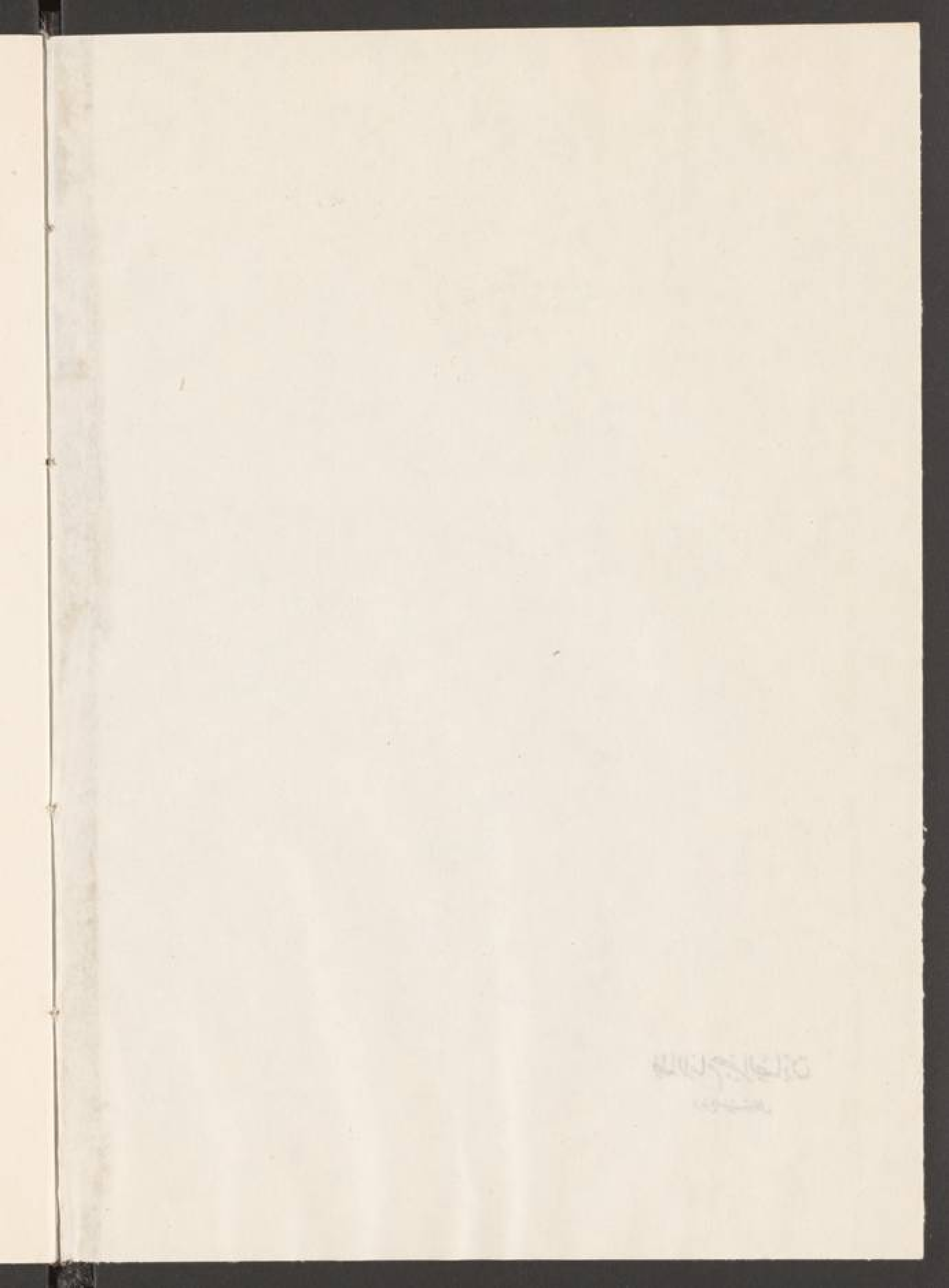

فقه الإمام جعفر الصادق
محمد جواد مغنية
عرض واستدلال
الجزء الثالث
انتشارات قدس محمدي
قم
خيابان ارم پاساژ قدس





فقه الإمام جعفر الصادق

عرض واستدلال



Maghnīyah, Muḥammad Jawād

محمد جواد مغنية

/Fiqh al-Imām Ja'far al-Ṣādiq/

فقه الإمام جعفر الصادق

عرض واستدلال

الجزء الثالث

انتشارات قدس محمدی
قم
خیابان ارم پاساژقدس

مقدّمة

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيد الكونين محمد وآله الطيبين الطاهرين .

وبعد :

فان الجزء الاول والثاني من كتاب فقه الامام جعفر الصادق (ع) يحتويان على العبادات بكاملها : الطهارة ، والصلاة ، والصوم ، والزكاة والخُمس ، والحج ، والجهاد ، والامر بالمعروف ، وقد استقصيت فيهما جميع الفروع والمسائل التي تتصل بهذه الابواب ، وعرضتها باختصار ووضوح مع الدليل عليها من اقوال الامام الصادق ، واجماع فقهاء المذهب.

ويبحث هذا الجزء بوجه عام في العقد ومحله ، وفي المتعاقدين وشروطها ، وفي القواعد العامة التي هي اصل العمل والتطبيق للعقود والمعاملات الخاصة .

ويبحث بوجه خاص في البيع بشتى اقسامه وفروعه ، وما يتصل به من بحوث ، كالفضالة والخيارات والربا ، وما الى ذلك .

ويعزو كل مسألة الى مصدرها من اقوال الامام الصادق ، واجماع

فقهاء المذهب الجعفري ، وما تسالموا عليه من الاصول والمبادىء .

وبالتالي ، فان القصد من هذا الكتاب ان تحتوي اجزاؤه على فقه الامام الصادق من ألفه الى يائه ، وان يكون جديداً على التأليف فيه من حيث الترتيب والتنسيق ، والوضوح والتيسير على الراغبين في معرفته .

وقلت في مقدمة الجزء الاول : « ربما بلغت الاجزاء اربعة او خمسة ». واقول الآن في مقدمة الثالث : « ربما بلغت ستة او سبعة » .. ولا ادري : هل سأقول في مقدمة الرابع او الخامس : « ربما سبعة او ثمانية » .. الله اعلم .. والذي اعلمه اني كلما توغلت في هذا البحر كلما تكشف لي انه اعمق واعظم من ان يقاس بالمساحات ، ويقدر بالصفحات والمجلدات ، وان تقديري لم يكن الا مجرد لمحات وتخيلات .. على ان هذا ليس بالشيء المهم ، وكل امنيتي ان يوفقني الله سبحانه في المضي ، حتى النهاية .

كتاب المكاسب

لم اجد لهذا الجزء مصدراً في كل ما ألفه فقهاء المذهب الجعفري قديماً وحديثاً اغنى علماً ، واغزر مادة من كتاب المتاجر المعروف بالمكاسب للشيخ مرتضى الانصاري (ت ١٢٨١ هـ) ، فلقد اتاحت له طاقته التي لا تحد ، وزمانه المتأخر عن كبار المتشرعة ان يحيط بآرائهم ، ويحاكمها ، ويقيسها في اعدل المقاييس وادقها ، وان يضيف اليها الكثير مما لم يسبق اليه ، ثم يخرجها في كتاب الرسائل في الاصول ، وكتاب المكاسب في الفقه الذي لا يعرف تاريخ هـذا العلم له مثيلاً في موضوعه استقصاءً للقواعد الرئيسية ، وإحاطة بآراء الاقطاب ، مع التحقيق والتدقيق .

هذا هو السر الذي حمل المراجع والاساتذة الكبار في جامعة النجف الاشرف ان يقرروا تدريسه منذ ان برز للوجود ، وبه تنتهي سلسلة

الكتب المقررة للتدريس ليكون الطالب على مؤهلات كافية لتفهّم ما فيه من النظريات الرئيسية في مباني الاحكام ، والقواعد التي هي الركيزة الاولى للاجتهاد والاستنباط .

فلا بدع اذا اهتم العلماء بكتاب المكاسب ، واكثروا من شرحه والتعليق عليه ، ووضعوا حوله العديد من المجلدات ، ومن هذه حاشية السيد محمد كاظم اليزدي صاحب العروة الوثقى ، وتعليق للشيخ محمد كاظم الخراساني صاحب كفاية الاصول المقررة للتدريس ، وحاشية للميرزا حسين النائيني المعروفة بتقريرات الخونساري تلميذ المؤلف الذي كتب الحاشية بقلمه ، وتعليق للسيد محسن الحكيم صاحب المستمسك ، وحاشية للشيخ محمد حسين الاصفهاني .. وكل هؤلاء من المراجع الكبار في زمانهم . وقد رجعت الى هذه الشروح والتعليقات ، واستعنت بها على تفهم مطالب الشيخ الانصاري التي قال عنها احد الاقطاب : ان مهمتنا ان نبذل الجهد لنفهم اقوال هذا العظيم .

وقد بذلت كل ما لدي من جهود لادراك اقواله ومراميها ، ثم تلخيص الكثير منها وتهذيبه وتنقيحه ، ليسهل على الراغب تفهمه وتناوله .. وان جهودي ايام الدراسة ، واستمراري في المراجعة والتذاكر والتأليف عشرات السنين ، كل ذلك مهد السبيل للتعرف على مقاصد الشيخ ، وسلط الاضواء على ما في مكاسبه من اسرار . ولولا تلك الجهود لكنت في رجوعي الى هذا الكتاب كمن ضل في التيه لا يدري اين شاطىء السلام .

على اني – برغم جهدي السابق واللاحق – لا ادعي المعرفة باراء هذا الشيخ معرفة حقيقية ، وانما الذي عرضته ونسبته اليه صورة مطابقة لمعرفتي بها وتصوري لها ، لا لمعرفتها بالذات كما هي في حقيقتها وواقعها .

بيت القصيد

فكاسب الشيخ الانصاري هي بيت القصيد من مصادر هذا الكتاب ما عدا فصل ضابط التعبير عن القصد ؛ والمرابحة وتوابعها ، والسلم ، والصرف ، والربا ، وبيع الثمار ، والاقالة ، لان الشيخ ترك التعرض لهذه ، فاعتمدت فيها على كتاب الجواهر ، والحدائق ، والمسالك ، ومفتاح الكرامة وغيرها بخاصة الكتاب الاول ، لمكانته العلمية ، وثقة الفقهاء كافة به وبصاحبه ، ومن يتابعني في هذه الصفحات يجد اني اسند اكثر المسائل الى مصادرها .

الحديث والرواية

الحديث في عرف المتشرعة خاص بقول الرسول الاعظم (ص) ، ولذا لم اعبر به عن اقوال الامام الصادق ، وغيره من أئمة اهل البيت الاطهار ، واطلقت عليها لفظ الرواية ، لان الأئمة في عقيدتنا رواة عن جدهم (ص) ، وليسوا باصحاب رأي . ويطلق الفقهاء في الغالب لفظ الخبر على قول الامام للعلة نفسها .. اجل ، ان الفرق عندنا بين أئمة الآل حين يروون عن جدهم ، وبين غيرهم ، ان الكذب والخطأ في الرواية يجوزان على غيرهم ، ولا يجوزان عليهم ، وهذا معنى عصمة الامام عند الشيعة الامامية [1] .

بقي شيء

كثيراً ما اقول : قال صاحب الجواهر ، او غيره من المؤلفين ،

---

١ - شرحت في كتاب « الشيعة والتشيع » معنى العصمة وعلوم الامام ، وكل ما يتعلق بعقيدة الشيعة مع الاشارة الى دولهم في التاريخ وعددهم الآن ، وبلدانهم والى الفرق بينهم وبين سائر الطوائف الاسلامية الى غير ذلك .

دون ان اشير الى رقم الصفحة ، وتاريخ الطبع ، والسر ان الكتاب الذي انقل عنه كذلك لا ارقام لصفحاته ، ولا تاريخ لطبعه ، على الرغم من انه طبع اكثر من مرة . بل ان بعض الكتب على ضخامتها ، وعظمتها لا تحمل اسم الكتاب ، ولا اسم المؤلف ، منها كتاب المستند للنراقي في بعض طبعاته ، وكتاب شرح الارشاد للاردبيلي ايضاً في بعض طبعاته .. اما السبب – حسبما اظن – فهو ان المؤلف حين كتب لم يذكر اسمه ولا اسم الكتاب في الاول ولا في الآخر ، ولم يكن في حسبانه ان يطبع كتابه ، وينتشر ، وجاء بعده الناسخ فنسخ كما رأى طبق الاصل ، وطبع صاحب المطبعة على وفق النسخ ، دون ان يتنبه هذا ولا ذاك .

ومهما يكن ، فان ترتيب ابواب الفقه معروفة عند اهله ، ومسائل كل باب مندرجة فيه ، فاذا اراد القارىء الخبير الرجوع الى الكتاب الذي نقلت عنه فلا يقف اهمال الارقام دون ما اراد اذا صبر وثابر .

والله سبحانه المسئول ان يجعل هذا المجهود وسيلة لمرضاته ، وهو حسبي ونعم الوكيل ، وصلى الله على محمد وآله الاطهار .

[illegible]

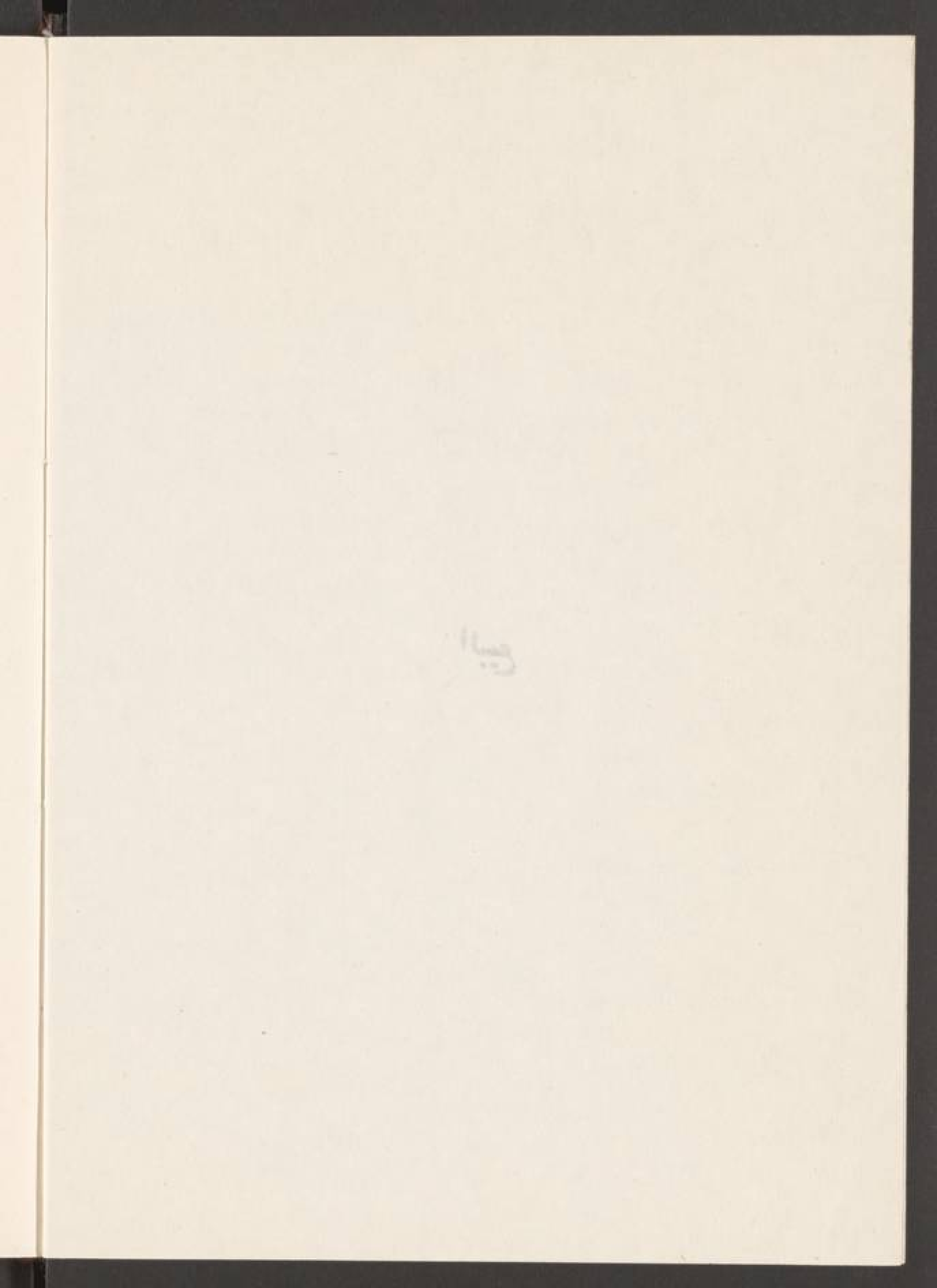
[illegible] جعفر (ع) ، ولم يعملوا باستحسان رأي . ويطلق الفقهاء في الغالب لفظ الأثر على أقوال الأئمة الثلاثة تمييزا ... [illegible] الفرق عندنا بين السنة الأثر حين يروونه عن جعفر ، وبين غيرهم ، ان الكذب والخطأ في الرواية يجوزان على غيرهم ، ولا يجوزان عليهم ، وهذا معنى عصمة الامام عند الشيعة الامامية (1) .

الى شيء [illegible]

كثيراً ما أقول : قال صاحب الجواهر ، أو غيره من المؤلفين ،

1 — تحدثت في كتاب « الشيعة والتشيع » [illegible]

البيع



في العقد

اقسام الفقه :

ينقسم الفقه الى اربعة اقسام : عبادات ، وعقود ، وايقاعات – اي موجبات – واحكام ، وتسمى سياسات . والعبادة هي التي يعتبر فيها قصد التقرب الى الله تعالى ، لأنها طاعة خالصة له ، ولا يتحقق هذا الوصف الا بنية التقرب اليه ، وطلب ثوابه ورضاه ، فكل ما يشترط في صحته هذه النية فهو عبادة ، كالصوم والصلاة ، والحج والزكاة ، وكل ما يصح بدونها فليس من العبادة في شيء ، وعلى هذا تخرج عن العبادة مباحث المياه والتراب التي ادرجها الفقهاء في باب الطهارة ، والأذان والاقامة التي ذكروها في مقدمات الصلاة ، وباب الجهاد والامر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي الحقوه بالعبادات .. تخرج هذه المباحث عن العبادة ، لان النية ليست شرطاً في صحتها ، وانما هي شرط في استحقاق الثواب عليها ، تماماً كالكف عن المحرمات . وبديهة ان صحة العمل شيء ، والثواب عليه شيء آخر .

اما العقود فهي التي تحتاج الى طرفين ، موجب وقابـــل ، كالبيع والاجارة والزواج . والايقاعات انشاء وايجاب من طرف واحد ، كالطلاق والعتق . والاحكام تشمل الصيد والذباحة ، والاطعمة والاشربة ، والاخذ بالشفعة ، والجهاد والامر بالمعروف ، والحدود والقصاص والديات ، والارث والغصب ، والقضاء والشهادة ، والاقرار ، وما الى ذلك .

العهد والوعد والعقد :

للعهد في اللغة معان ، منها الامر والوصية ، قال تعالى : « ألم اعهد اليكم يا بني آدم أن لا تعبدوا الشيطان » أي امرناكم واوصيناكم ، ومنها التحالف والميثاق الذي يعطيه الانسان على نفسه ، قـــال تعالى : « وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولاً » ومنها المعرفة ، كقولك : عهدتك صادقاً ، اي عرفتك ، الى غير ذلك .

والعهد في اصطلاح الفقهاء ان يلتزم بفعل غير محرم ، ولا مكروه ، او بترك فعل غير واجب ولا مستحب ، ولا ينعقد الا بالصيغة اللفظية مقترنة باسم الجلالة ، كقولك : عاهدت الله ، او عليّ عهد الله ، ويجب الوفاء بهذا العهد ، ومن عاهد ، ثم خالف يأثم ، وعليـــه ان يكفّر ، ويأتي التفصيل في بابه ان شاء الله .

اما الوعد فمعناه ظاهر ، وهو واحد شرعاً ولغة ، ويستحب الوفاء به شرعاً ، ويجب اخلاقياً ، قال الامام الرضا (ع) : « إنّا اهل البيت نرى ما وعدنا ديناً علينا ، كما صنع رسول الله (ص) . » اجل ، اذا كان الفعل الموعود به واجباً وجب الوفاء من اجله ، لا من اجل الوعد ، وعليه يحمل قول الامام الصادق (ع) : « ثلاثة لا عذر لأحد فيها : اداء الأمانة الى البرّ والفاجر ، والوفاء بالوعد ، وبر الوالدين

برّين كانا او فاجرين» . وقوله: « المؤمن اذا وعد وفى ، واذا حدث صدق ، واذا ائتمن لم يخن » .

قال صاحب الجواهر : « والفقهاء لم يقولوا بوجوب الوفاء بالوعد على ما يظهر » .

والعقد في اللغة الربط الذي هو ضد الحل ، وعند اكثر الفقهـاء مجموع الايجاب والقبول ، وارتباطها على وجه يتحقق بانشائها معنى له آثاره الخارجية ، كتمليك العين بعوض في البيع ، وبلا عوض في الهبة، وكتمليك المنفعة بعوض في الاجارة ، وبلا عوض في العارية : وعلى هذا يكون العقد اسماً لانشاء ما قصده الموجب والقابل ، لا نفس المعنى المقصود لهما ، والمسبب عن انشائهما ، وبكلمـة ان العقد اسم للسبب الذي انشأ التمليك والتملك ، لا للمسبَّب الذي هو التمليك والتملك .

القول والفعل :

يتم العقد بالقول بالاتفاق ، وهل يتم بالفعل او لا ؟ .

لعلماء الفقه الجعفري قولان : الأول ان العقد لا يكون بدون اللفظ، وهو المشهور ، قال صاحب الجواهر عند تعريف العقد في اول الفصل الثاني من كتاب المتاجر : « لا يكفي في حصول العقد التقاُبض ، وغيره من الافعال بدون لفظ » . وقال الشيخ الانصاري في المكـاسب عند كلامه عن الفاظ عقد البيع : « يعتبر اللفظ في جميع العقود على المشهور شهرة عظيمة » .

القول الثاني ان كل ما يدل على التراضي فهو عقد عرفاً وشرعاً ، سواء أكان قولاً ، ام فعلاً ، لقوله تعالى : « الا ان تكون تجارة عن تراض » .

ونسب هذا القول كما في ُبلغة الفقيه الى المفيـد ، والاردبيلي ،

والكاشاني والسبزواري . بل قد استدل عليه الاردبيلي في شرح الارشاد باربعة عشر دليلاً .

وقال صاحب العروة الوثقى في حاشيته على المكاسب ص ٨٢ طبعة ١٣٢٤ هـ : ان عناوين العقود تصدق على المنشأ بالفعل ، كما تصدق على المنشأ بالقول » .

ونحن مع هؤلاء ، ودليلنا اولاً : انه ليس للشارع حقيقة واصطلاح خاص في العقد ، لأنه موجود قبل التشريع والمشرع ، ولم يزد شيئاً ، وانما أقرّه وأمضاه بعد ان قلم وطعم بما يتفق مع مبدأ العدالة — مثلاً — نهى عن بيع المجهول للغرر ، ونهى عما فيه شائبة الربا ، لانه من الكبائر ، وما الى ذلك مما ثبت النهي عنه ، اما المسكوت عنه فهو جائز عرفاً وشرعاً ، اذ لا يليق بالشارع ان يهمل ولا يبين ما لا يريده ، ولا يرضى عنه .

وبكلمة ان ما للشارع فيه حقيقة شرعية كالعبادات لا بد فيه من النص الشرعي ، ويعبر عنه بالامور التوقيفية ، اي تتوقف على نص الشارع ، وما لا حقيقة فيه للشارع كالعقود يكفي عدم النهي عنه شرعاً، سواء أكان موجوداً في زمن الشارع ، او لم يكن .

اما قول الفقهاء : هذا العقد شرعي ، وذاك غير شرعي فانهم لا يريدون ان الشارع قد اخترع الاول واوجده دون الثاني ، بل مرادهم انه جامع للشروط ، وان الاحكام الشرعية تترتب عليه بكاملها دون الثاني .

ثانياً : ان السبب المسوغ لجعل نوع من اللفظ عقداً انما هو الدلالة الواضحة على الانشاء والربط المؤكد بين اثنين ، والعلم بالرضا الذي يصدق عليه « الا ان تكون تجارة عن تراض » . فاذا وجدت هذه الدلالة في فعل من الافعال ، نرتب آثار العقد حتى يرد النهي من الشرع.

وعلى هذا نكتفي بالكتابة وبالاشارة من الاخرس ، وغير الاخرس ، على شريطة ان نكون على يقين من صدق اسم العقد عرفاً على ذلك ، ومع عدم العلم بهذا الصدق يكون الفعل لغواً . وكذلك اذا علمنا بصدق الاسم ، مع النهي عنه شرعاً .

اما قول الامام الصادق (ع) : انما يحرم الكلام ، ويحلل الكلام فالمراد به ان النية وحدها لا تكفي ما لم يدل عليها دليل ظاهر من قول، [1] او فعل ، واذا وجد الدليل الفعلي كفى ، وربما كان اقوى في الدلالة من القول ، كوطء الرجل مطلقته الرجعية في اثناء العدة ، فانه يدل على الرجوع عن الطلاق ، وكبيع الوصي الشيء الموصى به الدال على عدوله عن الوصية ، وبكلمة : ان اللفظ وسيلة لا غاية ، وغير مقصود لذاته الا في الزواج والطلاق ، ويأتي التفصيل عند الكلام عن المعاطاة .

العقد الجديد :

قبل كل شيء ينبغي التفرقة بين امرين : الاول اختلف الفقهاء في ان العقود المسماة التي كانت معروفة بمعناها وطبيعتها في زمن الشارع ، كالبيع والاجارة : هل يجب انشاؤها بصيغة مخصوصة ، وبنفس اللفظ الذي كان معروفاً في ذلك العهد ، بحيث لا يسوغ انشاؤها بغيره اطلاقاً ، فنوجد البيع بصيغة بعت ، والاجارة بلفظ أجرت ، او يجوز الانشاء بكل ما دلّ على المعنى ، حتى ولو كان غير مألوف ولا معروف ؟.. وقد ذهب الى كلٍ فريق ، ويأتي التفصيل .

الثاني : ان العقود الجديدة غير المسماة من قبل ، والتي تختلف عن

---

١ – والى هذا يومىء قول الامام علي (ع) : الكلام في وثاقك ما لم تتكلم به ، فاذا تكلمت به صرت في وثاقه .

العقود المسماة بمعناها وطبيعتها ، ولا ينطبق عليها اي اسم من اسمائها ، كاتفاق المؤلف مع الناشر أن يطبع كتابه ، وينشره ويوزعه لقاء شيء معين للمؤلف ، او نسبة مئوية من السعر المحدد ، او من الارباح ، ... هذه العقود : هل هي صحيحة ، تماماً كالعقود المسماة أم لا ؟ . وهذا النوع هو المقصود من هذه الفقرة .

وايضاً ينبغي التنبيه الى انه اذا نفّذ العقد كل من الطرفين ، والتزم به بملء ارادته واختياره كان لهما ذلك بالاتفاق ، وليس لأحد ان يعترض ، ما دام العقد لا يحلل حراماً ، ولا يحرم حلالاً ، وانما الكلام فيما اذا فسخ احدهما وعدل ، وامتنع عن التنفيذ ، فهل للطرف الآخر أن يلزمه به او لا ؟ .

والذي تقتضيه اصول الفقه الجعفري وقواعده ان مثل هذا العقد صحيح ولازم اذا توافرت فيه جميع الشروط المعتبرة ولم يتناف مع مبدأ من مبادىء الشرع المقدس ، للآية ٢٨ من سورة النساء : « يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراضٍ منكم » . وايضاً هو لازم يجب الوفاء به لقوله تعالى : اوفوا بالعقود .

قال الميرزا النائيني في تقريرات الخونساري ص ١٠٤ طبعة ١٣٥٨ هـ : ان اوفوا بالعقود لا تختص بالعقود المتعارفة ، والمعاملات المتداولة ، بل تشمل كل عقد ، لان الظاهر من اللام في العقود انها للعموم والشمول ، لا لخصوص العقود المعهودة .

هذا ، الى ان المعاملات لا تحتاج في صحتها ولزومها الى النص ، بل يكفي عدم ثبوت النهي عنها ، وبكلمة : ان المعاملات والمعاوضات التي تستدعيها الحياة الاجتماعية لا تدخل في عد ولا حصر ، وهي تتسع وتزداد كلما تقدمت الحياة وتطورت ، وكل معاملة عرفية قديمة كانت

او حديثة ، فيجب تنفيذها على حسب ما قصد المتعاملان ، ما دامت لا تتنافى وشيئاً مع مبادىء الشريعة الغراء .

النظرية العامة :

في الفقه قواعد عامة تجري في جميع ابوابه ، ولا تختص بباب دون باب. كالاستصحاب، واصل الصحة في عمل الغير، وقاعدة عدم الدليل دليل العدم عند المجتهد الباحث ، وهذه تشمل عدم الوجوب ، وعدم التحريم ، وتدخل في باب العمومات والمطلقات ، وبها يثبت عدم اشتراط المشكوك في شرطيته ، وغير ذلك من القواعد التي تعم العبادات والمعاملات والايقاعات والاحكام .

وايضاً في الفقه قواعد خاصة ، كقاعدة الولد للفراش التي تختص بالانساب ، وقاعدة الامكان في الحيض ، وهي كل دم امكن ان يكون حيضاً فهو حيض ، وقاعدة الحدود تدرأ بالشبهات ، وغير هذه .

ويتجه هذا السؤال : هل هناك قاعدة فقهية تختص بالعقد من حيث هو ، ولا تشمل سواه ، فتكون خاصة من حيث ان موضوعها العقد فقط ، وعامة من حيث انها تشمل جميع العقود بدون استثناء ؟ .

الجواب :

اجل ، ان علماء الفقه الجعفري اتفقوا قولاً واحداً على ان الاصل في العقد اللزوم ، وبيان ذلك ان العقد اذا جرى برضا الطرفين . وبقي كل منهما على التزامه فلا حاجة الى الاصل او النص ، وكذلك اذا فسخاه وتقايلا بالاتفاق ، اما اذا فسخ احدهما ، وعدل دون الآخر فان للذي لم يفسخ ان يطالب الطرف الثاني بالتنفيذ ، وللحاكم ان يلزمه به اذا رفعت الدعوى اليه . والدليل على ذلك الاجماع والنص ، وهو الآية

الاولى من سورة المائدة : « يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود ». وقد جاءت هذه الآية على وفق العرف واجماع الفقهاء ، والاصل ايضاً ، وذكر الشيخ الانصاري في اول الخيارات لهذا الاصل اربعة معانٍ ، منها ان العقد كان نافذاً قبل ان يفسخه احد الطرفين ، وبعد فسخه وعدوله نشك : هل بقي العقد نافذاً او لا : . فنجري الاستصحاب ونبقي ما كان على ما كان ، لأن اليقين لا ينقض بالشك .

وتجدر الاشارة الى انه ليس المراد من « اوفوا بالعقود » مجرد الحكم التكليفي ، وهو الوجوب فقط ، بحيث اذا خالف يكون عاصياً مستحقاً للعقاب ، كما هي الحال لو أجرى عقداً حين النداء لصلاة الجمعة ، فانه يعصي ويأثم ، ولكن العقد يكون صحيحاً ، ليس هذا هو المراد ، بل المراد من وجوب الوفاء الإلتزام بجميع ما قصده المتعاقدان من العقد ، والعمل بكل ما يستدعيه من الآثار . وبكلمة: ان الآية تدل على الحكم التكليفي ، والحكم التكليفي يستدعي الحكم الوضعي ، ويأتي التوضيح بصورة اوفى في اول خيار المجلس فقرة « لزوم البيع » فانظرها .

اقسام العقد :

ينقسم العقد الى اقسام وفقاً للخصائص والاعتبارات ، فهو بالنظر الى اللزوم وعدمه ينقسم الى لازم ، كالبيع والاجارة والزواج ، وغير لازم ، كالهبة والوديعة والوكالة ، وتسمى هذه عقود أذنية ، لأنها تتقوم بالاذن وجوداً وعدماً . ثم ان العقد الجائز منه ما هو جائز من الطرفين ، كعقد العارية ، حيث يجوز لكل من المعير والمستعير العدول وهدم العقد متى شاء . ومنه ما هو جائز من طرف ، ولازم من طرف ، كالرهن فانه جائز من قبل المرتهن ، لازم من قبل الراهن .

وايضاً ينقسم العقد – بالنظر الى الصراحة وعدمها – الى عقد صريح كالاجارة والرهن ، وعقد ضمني كالأمانة المستلزمة للعقدين المذكورين، لان العين امانة في يد كل من المستأجر والمرتهن لا يضمن شيئاً منها الا بالتعدي ، او التفريط .

وايضاً ينقسم العقد الى ما يقتضي التعليق بطبعه ووضعه ، كعقد السبق والرماية ، وهو ان يتفق اثنان على ان من يصيب الهدف له كذا، او من يسبق فله كذا ، فان هذا لا يتحقق بدون تعليق ، والى ما لا يستدعي ذلك كعقد الزواج والبيع ، وما اليه .

وايضاً ينقسم الى عقد نافذ اذا صدر من الاصيل والوكيل ، والى عقد موقوف على الاجازة اذا صدر من الفضولي ، هذه امثلة من اقسام العقد . وهناك اعتبارات اخرى يمكن تقسيم العقد على اساسها ؛ وكل العقود تقبل الفسخ لسبب مشروع ، حتى الزواج ، وايضاً تقبل التقايل الا الزواج .

اما تقسيم العقد الى صحيح وفاسد [1] فيتوقف على ان العقد موضوع للصحيح والفاسد ، اذ لو كان للصحيح فقط لم يصح التقسيم بداهة أن الشيء لا ينقسم الى نفسه ، والى غيره . والحق ان العقد موضوع لما يشمل الصحيح والفاسد بدليل صحة تقسيمه اليهما ، ومعنى صحة العقد ترتب الأثر عليه ، ومعنى الفساد عدم ترتب الأثر ، والقاسم المشترك بينهما ، والجامع لهما هو مطلق الايجاب والقبول الصالحين لترتب الأثر عليهما ، سواء أترتب فعلاً ، كما لو استجمعا شروط الصحة ، ام لم يترتب لفقدان بعض الشروط .

---

١ – يفرق الحنفية بين العقد الفاسد والعقد الباطل ، فالباطل عندهم لا ينعقد اطلاقاً ، كعقد المجنون ، والفاسد ينعقد ولكنه يستوجب الفسخ ، كالعقد على الشيء المجهول ، ولم يفرق علماء الفقه الجعفري بين البطلان والفساد ، لان العقد في الحالين لا ينعقد من الاساس ، ويتفق معهم معظم المذاهب الاسلامية الاخرى .

وينبغي التنبيه الى ان شمول العقد بذاته للصحيح والفاسد لا يتنافى مع حمل العقود في الخطابات الشرعية على خصوص الصحيح ، كقوله تعالى: « اوفوا بالعقود » وما اليه ، لان الدلالة على الصحة هنا جاءت من القرينة وسياق الكلام ، وكذلك اذا حلف يميناً بأن لا يجـري عقداً خاصاً ، فانه يحمل على الصحيح ، لا لأن العقد موضوع له بالخصوص، بل لأن الذهن يتجه الى ان الحالف انما قصد العقد الصحيح دون الفاسد، وبالايجاز ان وضع العقد للأعم من الصحيح والفاسد شيء ، واستعماله في الفرد الصحيح شيء آخر .

وقال صاحب مفتاح الكرامة في كتاب المتاجر : « ان البيع لغة وعرفاً يعم الصحيح والفاسد ، وهو كذلك شرعاً ، لاصالة عدم النقل ، وصحة التقسيم اليها في الشرع ، والاتفاق على اتحاد معنى البيع ، وانتفاء الحقيقة الشرعية فيه » .

ويريد بقوله : « والاتفاق على اتحاد معنى البيع » ان معنى البيع واحد شرعاً وعرفاً ، ولو كان موضوعاً في الشريعة للصحيح فقط ، وفي العرف للأعم من الصحيح والفاسد لكان للشارع حقيقة خاصة فيه، والمفروض خلاف ذلك .

معنى البيع :

ومرادنا بالبيع هنـا المعنى الذي دلت عليه صيغة البيع . لا نفس الصيغة ، اي ان المقصود هو المسبب لا السبب ، وليس في الشريعـة نص على تحديد معنى البيع ، ولا للفقهاء عرف خاص فيه ، بل ان الشارع اقرّ ، وامضى ما عليه العرف ، اذن ، فتعريف الفقهـاء له تعريف للمعنى العرفي ، وقد تعددت فيه اقوالهم ، واشهرها انه مبادلة مـال بمال .

والشأن في التعريف هين يسير ، بخاصة في الفقه واللغة ، لأنه ليس تحديداً للماهية بالجنس والفصل ، ولا تعريفاً بالمساوي للمعرف من جميع الجهات . وانما هو تعريف لفظي ، اريد به الاشارة الى المعنى وتقريبه الى الأذهان .

ومهما يكن ، فان البيع الوارد في الخطابات الشرعيـة منزل على افهام العرف ، فمتى انطبق اسم البيع عرفا على نحو من النقل والتمليك والتبديل وجب ان نرتب عليه جميع الآثار الشرعية ، حتى يثبت العكس ، واذا شككنا : هل اعتبر الشارع امراً زائداً على مـا هو المعروف فالأصل العدم الى ان يقوم عليه الدليل الشرعي ، لأنه لو اراد خلاف ما عليه العرف لبين ، وارشد اليه ، وحيث لم يبين فلم يرد الخلاف .

اقسام البيع :

ينقسم البيع الى اقسام ، منها بيع الفضولي ، وهو ان يتولى الايجاب او القبول غير الأصيل والوكيل ، وبيع النسيئة ، وهو ان يكون المثمن معجلاً ، والثمن مؤجلاً ، والسلم بعكسه حيث يعجـل الثمن ويؤجل المثمن ، وبيع الصرف وهو خاص بالذهب والفضة ، وبيع المرابحـة والمواضعة والتولية ، والاول مع ربح معين ، والثاني مع خسارة معينة ، والثالث برأس المال ، ويأتي الكلام عن جميع اقسام البيع مفصلاً .

المعاطاة

الاقوال :

اتفق فقهاء المذهب الجعفري على ان مجرد التراضي بدون التعبير عنه بقول او فعل لا يتم به البيع ، ولا غيره من العقود ، اي ان السبب الموجب لترتيب الآثار هو انشاء التراضي والتعبير عنه ، لا نفس التراضي من حيث هو [1]

قال السيد صاحب العروة الوثقى في حاشية المكاسب ص ٦٤ طبعة ١٣٢٤ هـ : « يعتبر في حقيقة البيع ان يكون بايجاب خارجي من لفظ ، او اشارة ، او كتابة ، او تعاط من الطرفين ، او احدهما ، فلو انشأ التمليك في قلبه ، وقبل المشتري لا يكون بيعاً حقيقياً .. بل الظاهر ان الامر كذلك في جميع العقود والايقاعات » . وعلى هذا يحمل قول الامام الصادق (ع) انما يحلل الكلام ، ويحرم الكلام .

وايضاً اتفقوا على ان الصيغة اللفظية الكاشفة عن التراضي يتم بها البيع وغيره من المعاملات ، بل هي افضل الطرق واكملها للكشف والتعبير .

١ – قد يكون مجرد الرضا سبباً للاباحة ، كتصرف الانسان في بعض اموال قريبه وصديقه بما جرت عليه العادة ، والفقهاء يعبرون عن مثله باذن الفحوى .. ونقل عن الشيخ الطوسي الكبير ان النذر والعهد ينعقدان بمجرد النية . والتفصيل يرجأ الى محله ان شاء الله .

واختلفوا في ان البيع : هل يتحقق اذا عبر عنه بالفعل الكاشف ، لا بالقول المؤلف من الايجاب والقبول ، ومثال ذلك ان يحصل السوم بين اثنين ، وبعد الاتفاق على الثمن دفعه المشتري لصاحب السلعة ، فقبضه راضياً ، واعطاه السلعة بدون تلفظ بايجاب وقبول ، والفقهاء يسمون هذا النوع بيع المعاطاة ، لانها مبادلة بالاخذ والاعطاء من الطرفين بقصد التمليك والتملك ، مع استجماع هذه المبادلة لكل ما يشترط في البيع ما عدا التلفظ بالايجاب والقبول .. هذا اذا صدق على كلٍ من الطرفين انه آخذ ومعطٍ في آن واحد ، اما الاعطاء او الاخذ من جانب واحد ، كقبض الثمن دون المثمن ، والعكس فيأتي الكلام عنه .

ثم ان بيع المعاطاة من صغريات المسألة التي تكلمنا عنها في الفصل السابق فقرة « العقد والفعل » حيث كان الكلام هناك عن مطلق العقد والمعاملات بيعاً كانت او غيرها ، وهنا عن البيع فقط . وعلى اية حال ، فان علماء الفقه الجعفري اختلفوا في المعاطاة على اقوال ، انهاها الشيخ الانصاري في كتاب المكاسب الى ستة ، وعمدتها اربعة كما قال الميرزا النائيني في تقريرات الخونساري :

القول الاول : انها تفيد الملك اللازم ، واليه ذهب المفيد شيخ الطائفة ، وجماعة آخرون .

القول الثاني : انها تفيد الملك الجائز ، وبه قال الشيخ علي الكركي المعروف بالمحقق الثاني ، وكثيرون ممن تأخروا عنه ، وبلغوا المراتب العليا من العلم والشهرة ، كالسيد « ابو الحسن الاصفهاني » والميرزا حسين النائيني ، والسيد محمد بحر العلوم ، وغيرهم حتى قيل : انه المشهور بين المتأخرين . قال السيد الاصفهاني في وسيلة النجاة الكبرى : « الاقوى ان المعاطاة تفيد الملك ، ولكنها جائزة من الطرفين ، ولا تلزم الا بتلف احد العوضين ، او التصرف المغيّر للعين ، والناقل لها ، او موت احد المتعاقدين » .

وقال السيد بحر العلوم في البلغة : « القول بافادة المعاطاة الملك المتزلزل دون الاباحة المجردة هو الاقوى » .

وقال النائيني في تقريرات الخونساري ص ٤٩ : « الاقوى ان يقال : ان التعاطي بقصد التمليك يفيد الملك الجائز ، لان هذا هو مقتضى القواعد الشرعية ، والادلة المأثورة » .

القول الثـالث : ان المعاطاة تفيد الاباحة المطلقة الشاملة لجميع التصرفات ، حتى التصرف المتوقف على الملك ، كالبيع . والعتق ، ووطء الجارية ، حيث لا بيع ، ولا عتق ، ولا وطء الا في الملك . وقد نسب هذا القول الى المشهور عند الفقهاء المتقدمين .

القول الرابع : انها تفيد اباحة نوع خاص من التصرف . وهو الذي لا يتوقف على الملك ، فاذا اشترى عبداً او جارية بالمعاطاة جاز استخدامها ، ولا يجوز له بيعها ، ولا وطء الجارية .

واتفق القائلون بالملك الجائز والاباحة على انه مع تلف الثمن والمثمن تصبح المعاطاة لازمة ، تماماً كالبيع المنشأ بالصيغة .. قال صاحب مفتاح الكرامة في كتاب المتاجر ص ١٥٧ : « ولا خلاف عندهم – اي عند الفقهاء – في انه لو تلفت العين من الجانبين صار البيع لازماً . وانما الكلام في تلف احدهما » . وقال صاحب الجواهر : « لا ريب ولا خلاف في ان المعاطاة تنتهي الى اللزوم ، وان التلف الحقيقي او الشرعي للعوضين معاً باعث على اللزوم » .

وقد ذُكرت هذه الاقوال الاربعة في المعاطاة مفصلة مع ادلتها في اكثر كتب الفقه الجعفري ، كالحدائق ، والجواهر ، وبلغة الفقيـه ، والمكاسب ، وتقريرات الخونساري ، ومفتاح الكرامة ، وغيرها . وبالرغم من هذا كله نسب العلامة السنهوري الى المذهب الجعفري القول بعدم جواز المعاطاة ، ونقل كلمات متقطعة اقتطفها من صفحة ١٥١ و ١٥٤ و ١٦٣ من ج ٤ مفتاح الكرامة ، مع ان الاقوال التي نقلناها موجودة

في هذه الصفحات بالذات ، وفيا بينها من صفحات ، فقد ذكرها صاحب المفتاح صراحة مع ادلتها ، كما ذكر هو وصاحب الجواهر ان القائلين بالاباحة قالوا بان المعاطاة تنتهي الى اللزوم قهراً بتلف العوضين ، كما اشرنا . وبهذا يتبين ان قول العلامة السنهوري : « المذهب الجعفري لا يجيز المعاطاة » يبعد اقصى البعد عن التعبير العلمي الامين الذي يجب فيه مراعاة الدقة والحذر في كل لفظة من الفاظه بخاصة في مقام النقل .. وقد يوجه قول الدكتور بأنه لما رأى ان اكثر المتقدمين من فقهاء هذا المذهب يقـولون بان المعاطاة تفيد الاباحة نسب اليهم القول بعدم الجواز من الاساس ولكن هذا التوجيه - كما ترى - لا يتفق واسلوب اهل التحقيق والتدقيق ، بخاصة الكبار منهم ، كالسنهوري .. والعصمة لله .

اصح الاقوال

واصح الاقوال الاربعة القول بان المعاطاة تفيد الملك اللازم ، وقد ذهب اليه من القدماء المفيد شيخ الطائفة (ت ٤١٣ هـ) ، ومن المتأخرين السيد صاحب العروة الوثقى (ت ١٣٣٧ هـ) واستدل هذا السيد في حاشية المكاسب باربعة ادلة ، ننقلها فيما يلي بشيء من التصرف في الشكل والصورة ، مع الاحتفاظ بالمحتوى والمضمون :

١ - ان المعروف من سيرة اهل الدين والدنيا خلفاً عن سلف منذ عهد الرسول (ص) الى زمننـا انهم يعاملون المأخوذ بالمعاطاة معاملة المأخوذ بالصيغة اللفظية بدون ادنى تفاوت ، وان النبي والاصحاب ، والأئمة والعلماء ، والناس كافة يتصرفون بالهدايا والعطايا تصرف الملاك باملاكهم دون اجراء الصيغة ، مع العلم بانه لا فرق بينها وبين البيع .

٢ - ان فقهاء المذهب الجعفري قد اجمعوا على ان المأخوذ بالمعاطاة تجوز فيه جميع التصرفات ، وليس من شك ان القول بجواز التصرفات

بكاملها لا يجتمع مع القول بعدم الملك الا ببعض التوجيهات الباطلة التي لا ينبغي ان تصدر من فقيه .

٣ ـ ان مسأله المعاطاة ترجع في الحقيقة الى الشك في ان الصيغة اللفظية : هل هي شرط في انعقاد البيع او لا ؟. ولا دليل على هذا الشرط ، وعدم الدليل في مثل هذه المسألة دليل على العدم ، لانه لو كان لوجب على الشارع البيان ، مع انه لم يصل الينا لا من طريق السنة ولا من طريق الشيعة ، مع توافر الدواعي والبواعث على النقل ، بخاصة في هذه المسألة ، وما اليها .

٤ ـ ان المأخوذ بالمعاطاة يصدق عليه اسم البيع عرفاً ولغة ، ولم تثبت الحقيقة الشرعية للبيع ، واذا صدق اسم البيع على المعاطاة شملها جميع ما دل علي الصحة من الآيات والروايات ، مثل قوله تعالى : احل الله البيع .. وتجارة عن تراض .. واوفوا بالعقود . ومثل قول الرسول الاعظم (ص) : المؤمنون عند شروطهم .. والناس مسلطون على اموالهم .. وغير ذلك من الادلة الدالة على صحة البيع ، بل ولزومه ايضاً .

وملخص هذا الدليل الرابع الذي وصفه السيد بانه العمدة والاصل في هذا الباب ، ملخصه اننا نعلم علم اليقين بان الشارع قد امضى البيع العرفي ، ونعلم ايضاً ان للبيع العرفي فردين : بيع بالصيغة اللفظية ، وآخر بالمعاطاة ، وان الفرد الاول مراد للشارع قطعاً ، لانه محل وفاق ، اما الفرد الثاني فنشك : هل هو مراد له او لا ؟. لمكان الاختلاف فيه بين الفقهاء ، ولكن قول الشارع : احل الله البيع ، وما اليه الظاهر بكلا الفردين على السواء يثبت ان البيع بالمعاطاة مراد له تماماً كالبيع بالصيغة ، ولو اراد البيع بالصيغة فقط لم يتكلم بما هو ظاهر بالفردين معاً ، لانه ، والحال هذه ، قد اراد شيئاً خاصاً ، وتكلم بما هو اعم منه ، وهذا

عين الاغراء بالجهل الذي يتنزه عنه الحكماء .

هذا ، الى ان المعاطاة في هذا العصر قد انتشرت وعمت اكثر نواحي الحياة ، فبها يشتري الناس ما يحتاجون من مأكل وملبس واثاث ، لا يفرقون في ذلك بين الحقير والخطير ، وبها ينزلون في الفنادق ، ويشتركون بالماء والكهرباء والهاتف ، ويركبون الطائرات والسيارات ، وما الى ذلك مما يتعاطون به على سبيل اللزوم ، وعدم جواز الرجوع ، حتى قبل التلف والتصرف الناقل ، وكل ما تبانى عليه العرف فهو صحيح ، ونافذ ، بخاصة اذا عمت به البلوى الا ان يرد فيه نهي خاص ، او يحلل حراماً ، او يحرم حلالاً ، ولا آية او رواية تشعر من قريب او بعيد بالنهي عن المعاطاة ، او عن احداث معاملة جديدة ، بل ان مثل هذه المعاملة يتفق كل الاتفاق مع مبادىء الشريعة السهلة السمحة .

وما دامت الادلة تدل على ان المعاطاة تفيد الملك اللازم يتحتم ان تترتب جميع آثار الملك على العين المأخوذة بالتعاطي من جواز البيع والهبة والعتق ، والانتقال الى الوارث ، وعليه فلا يبقى موضوع للثمرات التي فرعها الفقهاء على الفرق بين القول بافادة المعاطاة للاباحة ، وبين القول بافادتها للملك .

وبعد ان ذكر الفقهاء الاقوال في المعاطاة ، وادلتها ، وما قيل حولها ، وما يمكن ان يقال ، وما يتفرع على ذلك مما يكشف عن شدة مراسهم في الجدال والنقاش ، وتمرن افكارهم ، حتى اصبح لهم طبيعة ثانية ، بعد هذا كله ذكروا تنبيهات ضمنوها فوائد تتصل بالموضوع ، ونلخصها فيما يلي :

الاعطاء من جانب واحد

ليس من شك في ان المعاطاة تصدق بأوضح معانيها على الاخذ

والاعطاء من الجانبين ، بحيث يكون كل منهما آخذاً ومعطياً في آن واحد .. وهل تصدق المعاطاة على الاعطاء من جانب واحد فقط ، كما لو كان المثمن حالاً ، والثمن مؤجلاً ، او بالعكس ، ثم لو افترض ان هذا النوع لا يصدق عليه اسم المعاطاة لانه فعل من جانب واحـد ، وهي مفاعلة من جانبين ، فهل نعطيه حكم المعاطاة الحقيقية ، ونرتب عليه جميع احكامها ، بحيث يكون خارجاً عنها موضوعاً ، وداخلاً فيها حكماً ؟.

الجواب :

ان هذا النوع من المعاملة لا يدخل في المعاطاة موضوعاً ، ولا يصدق عليه اسمها وعنوانها حقيقة وواقعاً ، لان المعاطاة مفاعلة من الجانبين ، وليست فعلاً من جانب ، ولكن لفظ المعاطاة وتحديد معناها لا يهم الفقهاء ، لانهم يهتمون بخصوص الالفاظ التي [illegible] على لسان الشارع ، والمفروض ان المعاطاة لم ترد في آية ولا رواية ، وانما الذي جاء في دليل الشرع هو لفظ البيع ، وتكلم الفقهاء عن المعاطاة ، لان اسم البيع يصدق عليها ، لذا اعطاها البعض اسم البيع وحكمه ، لعموم الدليل ، والبعض الآخر اسم البيع دون حكمه مدعياً تخصيص الدليل ، فالعبرة اذن بالدليل عند الجميع ، لا باسم المعاطاة . والدليل الشرعي لم يفرق في الحكم بين الاعطاء من جانب ، او من جانبين بعد صدق اسم البيع على الاثنين .. اذن ، فحكم الاعطاء من جانب هو حكم الاعطاء من الجانبين ، وان لم يصدق عليه اسم المعاطاة حقيقة ، وان شئت قلت : انه خارج عن المعاطاة موضوعاً ، داخل فيها حكماً .

وبهذا نجد تفسير قول الشيخ الانصاري في المكاسب : « لا ريب انه لا يصدق على الاعطاء من جانب واحد معنى المعاطاة ، ولكن هذا لا يمنع من اجراء حكمها عليه بناء على عموم الحكم لكل بيع فعلي ،

فيكون اقباض احد العوضين تمليكاً ، او مبيحاً بعوض ، واخذ الآخر تملكاً او اباحة » .

وعلق السيد اليزدي في حاشيته ص ٤٧ على ما قاله الانصاري حول هذه المسألة ، علق بقوله ، « لا حاجة الى هذا التطويل بعد ان كان المناط هو شمول الدليل الشرعي ، لا صدق عنوان المعاطاة ، ومن المعلوم عدم الفرق في شمول الدليل لما يكون من طرفين ، او من طرف واحد » .

وقال صاحب الجواهر : « لا يخفى عليك ان لفظ المعاطاة لم يرد في النص ، حتى يكون الحكم تابعاً له ، وحينئذ فلا يشترط قبض العوضين ، بل يكفي قبض احدهما ، كما نص عليه الشهيد والكركي » .

وهذه الاقوال ، وكثير غيرها للفقهاء صريحة في ان حكم الاعطاء من جانب كحكمه من الجانبين ، على الرغم من اختلافهم في ان المعاطاة تفيد الملك ، او الاباحة .

الشروط :

هل يجب ان تتوافر في المعاطاة جميع الشروط المعتبرة في العقد ، ما عدا الايجاب والقبول اللفظيين ، بحيث يشترط في معاطاة البيع ما يشترط في عقده ، وفي معاطاة الاجارة ما يشترط في عقدها ، وهكذا كل معاملة تقع فيها المعاطاة ، فاذا فقد شرط تفسد المعاطاة ، ولا تصح ، او لا يجب اجتماع الشروط بكاملها ، بل يكفي التراضي .. وتظهر الثمرة فيما لو كان العوضان ، او احدهما غير معلوم في البيع ، مثل ان يقول المشتري للخباز : اعطني بهذه الليرة خبزاً ، وهو لا يعلم بكم الرغيف ، او يقول له : بعني ما عندك من الخبز بما في جيبي من الدراهم ، او يشتري بثمن الى اجل غير مسمى ، فاذا قلنا بان المعاطاة لا بد فيها من توافر الشروط كاملة تكون هذه المعاملة فاسدة ، حيث اتفق الفقهاء

على ان العلم شرط في العوضين بالبيع ، وان قلنا بالعدم ، لان المعاطاة معاملة مستقلة برأسها عن البيع ، وسائر العقود امكن القول بصحة هذه المعاملة .

قال صاحب مفتاح الكرامة : في المسألة قولان . ثم اختار بان المعاطاة لا يشترط فيها ما يشترط في العقد ، واستشهد باقوال جماعة من الفقهاء .

اما نحن فبعد ان اخترنا ، وقلنا : ان المعاطاة فرد من البيع ، واعطيناها جميع احكامه تحتم ان نعطيها جميع شروطه ، وكذلك الشأن في سائر العقود ، بدون فرق بين العلم بالعوضين وغيره ، لان الدليل الذي دل على اعتبار الشرط لم يفرق بين وقوع المعاملة بالصيغة اللفظية ، او بالفعل ، وعلى هذا تكون المعاطاة باطلة اذا لم تتوافر فيها جميع الشروط التي لا بد منها في العقد .

المقايضة :

من باع سلعة بنقد ، فصاحب السلعة هو البائع ، ودافع النقد هو المشتري ، وكذلك اذا باع سلعة بثمن معين ، ثم اخذ من المشتري بدلاً عنه سلعة بمقدار الثمن . واذا بادل سلعة بسلعة ، لا بقصد الثمن والمثمن ، بل بقصد المعاوضة والمقايضة ، فهل تصح هذه المعاملة ، او لا ؟ وعلى افتراض صحتها ، فهل تقع بيعاً ، او صلحاً ، او معاملة مستقلة برأسها ؟. وعلى افتراض صحتها بيعاً ، فايهما البائع ؟. وايهما المشتري ؟. او ان كلاً منهما بائع من جهة ، ومشترٍ من جهة .

وقد تعددت في ذلك الاحتمالات والاقوال ، ومال الشيخ الانصاري الى صحة هذه المعاملة بيعاً ، وان البائع من اعطى سلعته اولاً ، لانه بهذا الاعطاء يكون موجباً ، وآخذها يكون مشترياً ، لانه بهذا الاخذ

يصير قابلاً . وقال السيد اليزدي في حاشيته على المكاسب : تقع صلحاً ، لان فيها معنى المسالمة . وقال الشيخ النائيني : هي باطلة من الاساس ، لان المتبادلين قصدا البيع دون سواه ، ولا يمكن ان تتصف هذه المعاملة بالبيع بحال ، لعدم معرفة البائع وتمييزه من المشتري ، كما انه لا يمكن ان يكون كل من الطرفين بائعاً من جهة ، ومشترياً من جهة ، لانه متى حصل الايجاب والقبول مرة واحدة ، لا يبقى لهما محل ثانية ، اذ هو تحصيل للحاصل ، واما عدم الاتصاف بغير البيع من المعاملات فلان غير البيع لم يقصد اطلاقاً ، فالقول بوقوعه مع عدم القصد معناه ان ما يقصد لم يقع ، وما وقع لم يقصد ، ولا ملتزم بذلك .

هذا ملخص الاقوال في هذه المسألة .. والحق انها صحيحة ولازمة اذا صدرت من ذوي الاهلية ، وكان العوضان قابلين للتمليك والتملك ، ومعلومين عند الطرفين ، اما التسمية فانها وسيلة لا غاية ، فليسمها من شاء بما يشاء بيعاً او صلحاً او تقايضاً ، او نحو ذلك ، ما دامت لا تحلل حراماً ، ولا تحرم حلالاً .

المعاطاة في غير البيع :

يجب ان لا ننسى ان السبب الموجب لصحة المعاطاة في البيع ليس المعاطاة بذاتها ، وبما هي ، وانما السبب هو صدق اسم البيع وعنوانه على المعاطاة فيه ، وشمول ادلته لها ، وعمل العقلاء بها ، والمضي عليها ، اذن ، فكل معاطاة يصدق عليها اسم عقد من العقود ، كالاجازة والهبة ، او اسم ايقاع من الايقاعات ، كل هذه تصح ، وتكون فرداً للعقد او الايقاع الذي صدق عليها ، وتشمله ادلته ، حتى يثبت العكس ، تماماً كما هي الحال في البيع ، واذا لم يصدق عليها اسم عقد او ايقاع تكون المعاطاة باطلة ، لاننا نشك في صحتها ، والاصل عدم ترتب الاثر . هذا

هو الضابط والمبدأ العام الذي اتخذه الفقهاء ، او اكثرهم لصحة المعاطاة في غير البيع .. ولنا مسلك آخر نشير اليه قريباً .

وعلى اساس هذا الضابط قالوا : ان المعاطاة تجري في الاجارة والهبة والقرض العادية والوديعة والمزارعة والمساقاة ، لصدق اسم الاجارة على المعاطاة في الاجارة ، والقرض على المعاطاة في القرض ، والهبة على المعاطاة فيها الخ ، فتشملها ادلة هذه العناوين ، كما ان سيرة العقلاء مستمرة على ذلك منذ القديم ، اما الزواج فلا تجري فيه المعاطاة ، لعدم صدق اسم الزواج على المعاطاة فيه من الاساس ، او لانه لا اثر لهذا الصدق على تقرير وجوده ، لمكان الاجماع ، ونص الكتاب والسنة ، بل وضرورة الدين ، ومثله الوصية والايصاء والطلاق والظهار واللعان والايلاء والعتق والضمان والكفالة ، لان هذه تتقوم بالقول والصيغة اللفظية ، ولا توجد بدونها تماماً كالزواج .

اما الوقف فتصح المعاطاة فيه اذا كان على جهة عامة ، كالمساجد والمقابر والمصحات ، ولا تصح اذا كان على جهة خاصة ، كالوقف على الذرية ، وما اليها . واختلفوا في الرهن ، فبعضهم اشترط الصيغة ، واكتفى آخرون بالمعاطاة فيه . وباقي الكلام على كل في بابه انشاء الله .

وهذا التفصيل – كما ترى – يرتكز على مبدأ حصر العقود بالمسماة فقط ، اما على مبدأنا نحن من ان جميع المعاملات ما حدث وما سيحدث جائزة ما لم تحلل حراماً ، او تحرم حلالاً – اما على هـذا المبدأ فان المعاطاة تجوز في كل شيء ، وان لم يصدق عليها عقد او ايقاع معهود ومعروف ، على شريطة ان يتحقق التراضي ، واهلية العاقدين والعوضين ، وان لا تتنافى المعاملة مع شيء من مبادىء الشريعة الغراء .

شروط العقد

اشرنا فيما سبق الى ان البيع هو « مبادلة مال بمال » . ولا بد لهذه المبادلة من قول او فعل يدل عليها ، وهو العقد ، ومن طرفين يجريان المبادلة ، ويقومان بها ، وهما المتعاقدان ، ومن محل تقع عليه المبادلة ، وهما العوضان المعقود عليهما ، ونتكلم عن كل واحد من هذه العناوين الثلاثة بفصل مستقل ، كما فعل الشيخ الانصاري في المكاسب وغيره من الفقهاء .

ركنا العقد :

للعقد ركنان ، هما الايجاب والقبول ، ولهما صور .

١ ــ ان يكون كل منهما فعلاً .

٢ ــ ان يكونا قولاً .

٣ ــ ان يكون احدهما قولاً ، والآخر فعلاً ، مثل ان يقول زيد لعمرو بعتك هذا بعشرة ، فيدفع عمرو العشرة ، ويأخذ المبيع دون ان

يتلفظ بشيء ، وبديهة ان هذا بمنزلة قوله قبلت ، بل أدل وأوضح .

٤ – ان يكونا بالكتابة والاشارة .

وتقدم الكلام عن الصورة الاولى في الفصل السابق بعنوان المعاطاة ، واما اذا اراد المتعاقدان ان ينشئا الايجاب والقبول باللفظ ، لا بالاعطاء والأخذ ، فهل يجب عليهما الانشاء بالفاظ خاصة ، او يجوز لهما ان ينشئا العقد ، بكل ما دل على التراضي ، وعده الناس عقداً ؟ .

نسب الاول الى المشهور ، وفرع على ذلك كثير من الفقهاء بحوثاً استغرقت العديد من الصفحات ، منها التحقيق والتدقيق في ان العقد هل يتم وينعقد بالمجازات والكنايات ؟. وايضاً هل ينعقد بالجملة الفعلية فقط ، او بها وبالاسمية ؟ . وعلى الأول هل يجب ان يكون الفعل بصيغة الماضي ؟. وايضاً هل يجب تقديم الايجاب على القبول ، والموالاة بينهما ، الى غير ذلك من التطويل الذي لا طائل تحته ، كما قال السيد كاظم اليزدي . وعلى أية حال ، فسنعرض الصفوة من اقوالهم في ذلك ، معرضين عن الحشو والزوائد ما أمكن .

الحقيقة والمجاز :

نسب الشيخ الانصاري الى كثير من العلماء القول بوقوع العقد بالمجازات والكنايات ، ونقل كلماتهم الدالة على جواز البيع بلفظ ملكت ، وعاوضت ، واسلمت اليك ، ونقلته الى ملكك ، ونحو ذلك ، ثم اتبعها بقوله : « ومع هذه الكلمات كيف يجوز أن يُسند الى العلماء او اكثرهم وجوب ايقاع العقد باللفظ الموضوع له ، ولا يجوز بالألفاظ المجازية » .

وقال السيد اليزدي تعليقاً على ذلك : « هل يجب ان يكون اللفظ المذكور في الصيغة دالاً على المعنى بالحقيقة لا بالمجاز ؟ . والتحقيق جواز الاكتفاء بكل ما له ظهور عرفي بحيث يصدق عليه العقد والعهد ،

للعمومات العامة والخاصة » .

ويريد بالعمومات العامة قوله تعالى : « اوفوا بالعقود » . وقوله : واوفو بالعهد ان العهد كان عنه مسئولاً » . وبالعمومات الخاصة قوله : « أحل الله البيع » وحديث « البيعان بالخيار » ..

وسئل الامام الصادق (ع) عن الرجل يشتري المتاع ، فيبدو له ان يرده هل ينبغي له ذلك ؟ .

قال : لا ، الا ان تطيب نفس صاحبه . وترك التفصيل بين طرق البيع والفاظه في هذه النصوص وغيرها يدل على التعميم والشمول لكل لفظ واستعمال ، حقيقة كان او مجازاً . وبالايجاز ان الكلام يحمل على المعنى الظاهر منه بصرف النظر عن سبب الظهور .

العربية :

هل يتوقف انعقاد العقد باللغة العربية ، او انه ينعقد بها وبغيرها ؟.

قال الشيخ الانصاري في كتاب المكاسب : « الأقوى صحة العقد بغير العربي » . وقال السيد اليزدي والشيخ النائيني : كل ما يصدق عليه عنوان العقد يصح انشاؤه به ، سواء أكان عربياً ، او اعجمياً ، فصيحاً ، او ملحوناً ، ولو انحصرت العقود باللغة العربية فقط للزم العسر والحرج ، وانسد باب المعاش ، ولوجب على كل مسلم – غير عربي – ان يتعلم صيغ العقود بالعربية ، تماماً كما يتعلم الحمد والسورة من اجل الصلاة ، مع العلم بأن ذلك لم يرد في خبر ولا اثر .

صيغة الماضي

قال كثيرون : يجب ان يكون لفظ العقد بصيغة الماضي ، كبعت

وقبلت ، ولا يكفي ابيع واقبل ، لأن المضارع يحتمل الحال والاستقبال، اما الامر فهو بطلب المفاوضة والمساومة اشبه ، وكل ذلك ، وما اليه يتنافى مع الجزم الذي لا بد منه في العقد ؛ اما الماضي فمتمحض للحال، وصريح في التحقق والثبوت فيتعين .

وقال آخرون : ان الصيغة وسيلة للتعبير عن الرضا والارادة ، وليست غاية في نفسها ، فكل ما دل على انشاء العقد بذاته ، او بمعونة قرينة لفظية يتم ، وينعقد به العقد ، سواء أكان بالجملة الاسمية ، او بالفعلية بصيغة الماضي او المضارع .

وقال الشيخ الانصاري معلقاً على هذا القول : « لا يخلو من قوة لو فرض صراحة المضارع في الأنشاء على وجه لا يحتاج الى قرينة المقام » [1] .

وقال : « ثم اعلم ان في صحة تقديم القبول بلفظ الامر ، كبعني، اختلافاً كثيراً بين الفقهاء » .

والحق جواز ذلك اذا قصد به انشاء العقد ، دون الطلب والاستدعاء، فلقد روى سهل الساعدي ان امرأة اتت رسول الله (ص) وقالت له : اني وهبتك نفسي ، وقامت قياماً طويلاً ، فقام رجل ، وقال : زوجنيها يا رسول الله ان لم يكن لك بها حاجة . فقال الرسول : هل عندك من شيء تصدقها اياه ؟ . فقال : ما عندي الا ازراري هذه . فقال الرسول : ان اعطيتها ازرارك بقيت بلا ازرار ، التمس ولو خاتماً من حديد . قال : لا شيء لدي . قال الرسول : هل معك شيء من القرآن ؟ . قال : نعم . قال الرسول : قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها اياه .

---

١ – تنقسم القرينة الى لفظية ، كقولك : رأيت قمراً يمشي ، فلفظة يمشي تدل على انك اردت امرأة حسناء ، والى قرينة حالية ، كقول الادنى للاعلى : اعطني ، فان حال الادنى تدل على انه اراد من الامر ، وهو اعطني الرجاء ، لا الوجوب ، والشيخ الانصاري اراد من قوله هذا ان التعبير عن الرضا يجب ان يكون بقرينة المقال ، لا بقرينة الحال .

واذا تم عقد الزواج بصيغة الأمر ، وهو قول الرجل زوجنيها فبالاولى غيره من العقود .

تقديم الايجاب :

ذهب المشهور الى ان الايجاب يجب ان يتقدم على القبول اطلاقاً . وقال آخرون : بل يجوز تأخيره ، وتقديم القبول عليه ، لأنه في حقيقته انشاء الرضى بالايجاب ، فان تحقق ذلك صح ، تقدم او تأخر . وفصّل الشيخ الانصاري بين ان يقع القبول بلفظ قبلت ورضيت ونحوه فلا يصح ، لأنه غير متعارف من العقد ، وبين ان يقع القبول بلفظ اشتريت وابتعت ، وما اليه فيصح ، لأنه يدل على انشاء المعاوضة ، والرضا بتمليك الثمن بدلاً عن المثمن .

اذن ، فالكبرى محل وفاق ، وهي ان السبب الاول هو ظهـور اللفظ ، لا مجرد تقديم الايجاب ، واختلاف الفقهاء ، انمـا وقع في الصغرى ، اي في التطبيق ومعرفة الفرد والمصداق ، وعلى ذلك فكل ما صدق عليه اسم العقد فهو صحيح . ويدل على جواز تقديم الايجـاب رواية سهل في زواج المرأة ، مع العلم بان الاحتيـاط في الزواج اشد واولى منه في سائر العقود .

وتقول : انما أجاز الفقهاء تقديم القبول في الزواج ، لحديث خاص ، فيجب الاختصار عليه ، والحاق البيع وغيره بالزواج قياس .

الجواب :

إنّا نعلم علم اليقين بأن صحة التقديم في الزواج لم تكن لميزة خاصة به . بل لأن القبول حال تقديمه على الايجاب معبر عن الرضا ، تمـاماً كما لو كان متأخراً ، والعبرة بالتعبير والوضوح ، لا بالتقديم والتأخير ،

وباسلوب ثان ان الزواج فرد ومورد للقاعدة الكلية التي استفدناها من طريقة العرف ، هذا ، الى ان كثيراً من القواعد العامة تستخرج من بعض مواردها وافرادها ، وقد تكرر قول الفقهاء : « الاصل في هذه القاعدة هذا المورد » حتى اشتهر بينهم ان خصوصية المورد لا توجب تخصص الوارد ، واوضح مثال على ذلك قول الامام الصادق (ع) : « اغسل ثوبك من ابوال ما لا يؤكل لحمه » حيث عمم الفقهاء وجوب الغسل من مماسة البول للثوب والاناء والبدن وغيره ، وكذلك قاعدة : « من اتلف مال غيره فهو له ضامن » فانها مأخوذة من قول الامام (ع) : من اضر بطريق المسلمين فهو له ضامن .

الموالاة :

اتفقوا بشهادة السيد اليزدي ان العقود الجائزة ، كالعارية والوديعة والوكالة لا تشترط فيها الموالاة بين الايجاب والقبول ، وان الفاصل الطويل بينهما لا يمنع من الصحة ، واختلفوا في العقود اللازمة ، كالبيع ، وما اليه ، فذهب البعض الى ان الموالاة شرط . وقال آخرون : انها ليست بشرط ، وان الواجب ان تبقى ارادة الموجب قائمة الى حين القبول ، فالعبرة ببقاء الايجاب ، وعدم رجوع الموجب عنه قبل القبول ، اما الفاصل فوجوده وعدمه سواء ، قال السيد الحكيم في نهج الفقاهة ص ١٠٥ طبعة ١٣٧١ هـ :

« الظاهر الاكتفاء في تحقق العهد النفساني في نفس الموجب – اي الرضا والارادة – فاذا كان باقياً الى زمن القبول كفى ذلك عند العرف ، حتى مع الفصل الطويل ، فاذا قال الموجب : بعتك الفرس بدرهم ، فلم يقبل المشتري ، فوعظه ونصحه وبين له الفوائد ، حتى اقتنع وقبل

صدق العقد، وان كان مع الفصل بكلام اجنبي ، كما انه اذا لم يبادر المشتري الى القبول ، حتى اعرض الموجب عن الايجاب ، وبعد الاعراض قبل الموجب له لم يتحقق العقد ، وهذا هو السر في عدم صدق العقد مع الفصل المفرط كسنة ، او اكثر » .

وبهذا يتبين ان بقاء المجلس ، او انفضاضه ليس له ادنى تأثير بالنسبة الى الايجاب والقبول في الفقه الجعفري ، وانما تأثيره بالقياس الى ثبوت الخيار للمتبايعين بعد تمام الايجاب والقبول ، وانعقاد العقد ، وبكلمة ان العبرة باتحاد شطري العقد، بحيث لا ينعدم احدهما عند وجود الآخر ، وهذا لا يرتبط باتحاد المجلس ، اذ يمكن التفاهم والتخاطب ، وعدم التراخي بينهما مع تعدد المجلس ، كما يمكن ذلك مع اتحاده .

التعليق :

ليس من شك ان الانشاء يتحقق منجزاً ومعلقاً ، وان كل انسان يستطيع ان يتلفظ بالعقد مع القيد وبدونه ، فيقول بعتك هذا ، او بعتك ان رضي زيد . ولا يختلف في ذلك اثنان ، وانما اختلف الفقهاء ان نفس المعنى المنشأ بالعقد : هل يصح ان يكون معلقاً على وجود غيره ، بحيث يكون حصوله محتملاً ، لا متيقناً على كل حال ، بل على تقدير دون تقدير ؟ . وبتعبير ثانٍ ان للعقد وجوداً حسياً ، وهو انشاء المتكلم له ، ووجوداً اعتبارياً ، وهو اعتبار الشارع له بترتب الآثار عليه ، والعقد يوجد منجزاً بكلا المعنيين ومعلقاً بالمعنى الاول اجماعاً ، اما وجوده معلقاً بالمعنى الثاني فمحل النزاع والاختلاف .

وذهب المشهور الى ان التعليق باطل ، حيث يشترط ان يكون المتعاقدان على يقين من ترتب الاثر على العقد والتعليق منافٍ للجزم واليقين .

وقال جماعة من الفقهاء : بل يصح التعليق اطلاقاً ، سواء أكان

الشرط المعلق عليه معلوم الحدوث عند العقد . كبعتك هذا ، ان كان ملكي ، او معلوم الحدوث في المستقبل . كبعتك اياه ان جاء رأس الشهر ، او مشكوك الحدوث ، كبعتك ان قدم زيد من سفره ، والى هذا ذهب السيد اليزدي ، والشيخ النائيني . والسيد الحكيم .

قال الأول في حاشيته على مكاسب الانصاري : لا يشترط الجزم بترتب الأثر على العقد حين انشائه ، والا بطل البيع بلا تعليق اذا لم يكن البائع او المشتري على يقين من توافر الشروط الشرعية — ثم قال — وعلى افتراض وجود الأجماع على عدم صحة التعليق فانه ليس بحجة في هذه المسألة ، وذلك ان الاجماع يعتمد عليه ، ويؤخذ به اذا علمنا بأنه كاشف عن رأي المعصوم ، وبدون هذا العلم يسقط عن الحجة والاعتبار ، ونحن نعلم او نحتمل على الأقل ان المجمعين قد تخيلوا وجوب الجزم ، وهو تخيل لا يقوم على اساس ، كما بينا .

وقال الشيخ النائيني في تقريرات الخونساري : « ان صحة تعليق المنشأ لا تخفى على أحد ، بل وقوعه في الأحكام الشرعية لا يبلغه الاحصاء ، فان اغلب الاحكام الشرعية . بل جميعها الا ما شذ قضايا حقيقية [1] واحكام مشروطة على تقدير وجود موضوعاتها ، ووقوعه بالجملة في العقود والايقاعات ، كالوصية والتدبير ، والنذر والعهد واليمين مما لا اشكال فيه » .

وقال السيد الحكيم في نهج الفقاهة : « لا دليل على اعتبار الجزم

---

١ — القضية اقسام ، منها القضية الطبيعية ، وهي ما يكون الحكم فيها على الطبيعة من حيث هي ، مثل الانسان نوع ، والقضية الحقيقية ما يكون الحكم فيها على الطبيعة من حيث افرادها ، مثل الانسان ضاحك ، فتشمل كل فرد من الانسان ما كان منه ، وما يكون ، وقضية خارجية ، وهي ما حكم فيها ابتداء على الافراد الموجودة في الخارج بالفعل مثل غرق من في المركب ، وقتل من في المعركة ، والاحكام الشرعية كلها من نوع القضية الحقيقية ، فان قوله تعالى : اقيموا الصلاة خطاب لمن وجد ، ومن سيوجد من المكلفين دون استثناء .

باي معنى فرض .. وان الرضا بشيء لا يتوقف على امكان حصوله فضلاً عن الجزم بوقوعه ، فكما ان المنشأ المطلق تتعلق به الرضا كذلك المنشأ المعلق » .

وهذه بديهة لا تقبل الجدال ، فكلنا يرغب في وقوع اشياء لم تقع ، مع الجزم بعدم وقوعها ، واذا لم يكن الجزم بترتب الاثر شرطاً لانعقاد العقد جاز ان ينعقد معلقاً على احتمال ترتب الاثر في المستقبل .

التوافق بين الايجاب والقبول :

لا يتم العقد الا بتوارد الايجاب والقبول على شيء واحد ، لان اختلاف القبول ومغايرته للايجاب يعتبر رفضاً له ، قال الشيخ الانصاري : « لو اختلف الايجاب والقبول في المضمون ، فاوجب البائع البيع على وجه ، وقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد ، لان الرضا يجب ان يتعلق بنفس الايجاب .. ومثال عدم التوافق ان يقول البائع : بعتك هذا بمئة ، فيقول المشتري : اشتريت بعشرة ، او يقول : اشتريت نصفه بخمسين ، ونحو ذلك » .

فقد الاهلية قبل تمام العقد :

كما يعتبر الايجاب الى حين القبول ، وتوافقهما على شيء واحد كذلك يشترط ان يبقى كل من المتعاقدين على صفات الاهلية الى تمام العقد ، فاذا خرج احدهما عن الإهلية قبل الايجاب لم ينعقد ، قال الشيخ الانصاري : « من جملة الشروط في العقد ان يقع كل من ايجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد من المتعاقدين الانشاء ، فلو كان المشتري في حال ايجاب البائع غير اهل للقبول ، او خرج البائع حال القبول عن اهلية الايجاب لم ينعقد » .

اما السيد كاظم اليزدي فقد فرق بين فقد القابل للاهلية عند انعقاد العقد في الصورة الاولى ، وانعقاده في الصورة الثانية ، فاذا قال زيد لعمرو : بعتك هذا ، وكان عمرو نائماً عند الايجاب ، ثم استيقظ ، وبعد ان اعلموه بالايجاب قال : قبلت لم يصح ، اما اذا نام زيد بعد ان اوجب البيع ، وقبل عمرو حين نام زيد صح وتم العقد .

فوائد :

جاء في مطاوي كلمات الانصاري فوائد ، وهو يتكلم عن بقاء اهلية كل من الموجب والقابل الى ان يتم العقد .

من هذه الفوائد ، اذا اوصى شخص آخر ، ثم مات قبل ان يقبل الموصى له تمت الوصية ، لانها ليست من العقود ، كي يكون القبول ركناً لها ، وانما هو شرط لتنفيذ الوصية فقط لا لصحتها ، قال الشيخ محمد حسين الاصفهاني في حاشيته على المكاسب : الوصية ليست عقداً ، ولا ايقاعاً ، وانما هي برزخ بين الاثنين .

و « منها » : اذا صدر الايجاب من الموجب فللطرف الثاني ، وهو الموجب له ان يقبل الايجاب او يرفضه ، وكذلك للموجب ان يرجع عن ايجابه طالما لم يقترن بعد بالقبول ، ومتى تم العقد فليس لاحد الفسخ والعدول الا برضا الآخر .

و « منها » : اذا انشأ شخص الايجاب مكرهاً ، وقبل الآخر لا يتم العقد بالبداهة ، ولكن اذا رضي وطابت نفسه بعد الاكراه صح العقد بالاجماع ، ويأتي التفصيل انشاء الله عند الكلام في شروط المتعاقدين .

الاشارة والكتابة :

ذهب المشهور الى ان صيغة العقد لا يصح انشاؤها بالاشارة والكتابة

الا مع العجز عن النطق ، وخالف النراقي في ذلك ، قال في كتـاب المستند : « تكفي الاشارة المفهمة ، وكذا الكتابة ، سواء تيسر التكلم او تعذر خلافاً للمشهور » .

والذي ليس فيه شك ان العرف يرى انعقاد العقد بالكتابة والإشارة ، وقد رأينا الناس ، ومنهم الفقهاء يرتبون الآثار عليهما كما يرتبونها على الاقوال بلا تفاوت، واذا تم العقد بهما في نظر العرف شملها قوله تعالى : اوفوا بالعقود ، وما اليه من العموم .

الخلاصة :

والخلاصة ان الشارع قد نص على احكام البيع والاجازة والهبة ، وما الى ذاك ، ولم ينص على تحديد معانيها ، فيتعين الرجوع في معرفتها الى العرف العام ، فكل ما صدق عليه اسم من هذه الاسماء التي نص الشارع على احكامها وجب ترتيب الآثار عليه ، حتى يثبت العكس بدون فرق بين ان يكون فعلاً او قولاً او اشارة او كتابة ، ولا بين اجراء الصيغة بالعربية او غيرها ، ولا بين الجملة الاسمية او الفعلية ، ولا بين تأخر القبول وتقدمه ، ولا بين الموالاة وعدمها ، ولا بين التنجيز والتعليق ، اجل لا بد من توارد الايجاب والقبول على شيء واحد ، وايضاً يجب ان يكون القابل على تمام الاهلية عند ايجاب الموجب ، ولا يجب العكس ، اي استمرار اهلية الموجب الى حين القبول ، بل يكفي وجودها حين الإيجاب فقط .

ومن الخير ان نختم هذا الفصل بما جاء في كتاب الحدائق مجلد ٥ ص ٦٦ و١٩٤ طبعة ١٣١٧ هـ « من الفقهاء من اوجب ان يكون لفظ الايجـاب والقبول بصيغة الماضي ، ومنهم من اوجب قصد الانشاء ، ومنهم من اوجب تقديم الايجاب على القبول ، ومنهم من اوجب فورية

القبول ، مع عدم الضرر بفصل النفس والسعال ، ومنهم من اوجب العربية مع عدم المشقة ، الى غير ذلك ، ولا دليل على شيء مما زعموا بان الشارع عين كيفية خاصة ، بل المفهوم من كلمات اهل البيت (ع) ان كل ما دل على التراضي من الألفاظ فهو كاف في الصحة .. وعلى هذا جملة من محققي متأخري المتأخرين ، وبه جزم المحقق الأردبيلي ، والمحقق الكاشاني ، والفاضل الخرساني ، والشيخ عبد الله بن صالح البحراني ، والعلامة الشيخ سليمان ، وهو الظاهر عندي من اخبار العترة الاطهار . اما القول المشهور بين الفقهاء فهو ليس بدليل شرعي في هذا الباب ، ولا في غيره من الابواب » .

المقبوض بالعقد الفاسد

اعتاد فقهاء المذهب ان يتعرضوا لحكم المقبوض بالعقد الفاسد بعد ان ينتهوا من الكلام عن صيغة العقد ، وكان الاولى ان يأتي متأخراً في الترتيب عن شروط المتعاقدين ، والمحل المعقود عليه ، لان الفساد قد يكون من جهة الصيغة نفسها ، وقد يكون لفوات الاهلية في المتعاقد ، او المحل . ولكن قد اخذنا على انفسنا ان نرتب فصول هذا الكتاب وبحوثه على منهج الفقهاء ، نخاصة كتاب المكاسب للشيخ الانصاري ، لاهتمام العلماء به تدريساً وشرحاً وتعليقاً ، ومهما يكن ، فان الفقهاء تكلموا عن حكم المقبوض بالعقد الفاسد بعنوان « قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » . ويتكفل هذا الفصل بيان معنى القاعدة ، وعكسها ، والدليل عليها ، والمهم من احكامها .

معناها :

العقد الصحيح هو الذي استجمع كل الشروط المعتبرة فيه ، كتوارد الايجاب والقبول على معنى واحد ، وبلوغ المتعاقد ورشده ، واهلية العوضين للتمليك والتملك ، ومتى توافرت الشروط بشتى انواعها تم العقد ،

وترتبت عليه الاحكام والنتائج التي قررها الشارع لانعقاده ، فاذا تبايع اثنان بالعقد الصحيح ، وتقابضا الثمن والمثمن ، فلكل منهما ان يتصرف في المقبوض كيف شاء ، وتنفذ فيه تصرفاته دون استثناء ، واذا تلف في يده فعليه وحده النقص والخسارة ، حيث تنتقل اليه ملكية المقبوض ، كسائر املاكه .

واذا عرفنا العقد الصحيح فقد عرفنا العقد الفاسد ، وانه الذي لا تتوافر فيه الشروط المطلوبة ، ولا يترتب عليه اي اثر من الآثار الشرعية [1] فاذا تبايعا وتقابضا بالعقد الفاسد بقي المقبوض على ملك مالكه الاول ، ولا ينفذ شيء من تصرفات الثاني فيه اطلاقاً، كما لو لم يكن هنالك عقد من الاساس .

وبتعبير ثانٍ ان المشتري اذا قبض المبيع بعقد صحيح – مثلاً – ثم تلف في يده بآفة سماوية ، او غيرها يكون هو الضامن له ، اي يذهب من ماله ، ولا يحق له الرجوع بشيء على البائع ، لانه انتقل منه الى ملك المشتري ، وكذلك اذا تلف في يده ، وكان قد اشتراه بعقد فاسد ، فانه يكون ضامناً له ، ويذهب من ماله هو لا من مال البائع مع التلف ، سواء أتلف بسبب منه ، او من غيره ، لما سنذكره من الادلة على الضمان في فقرة : « الدليل » وحيث ان العين مضمونة عليه ، وقد تعذر ردها بالذات لمكان التلف وجب رد بدلها وعوضها من المثل او القيمة ، حتى مع عدم التعدي والتفريط ، تماماً كالغاصب الا في الأثم والمؤاخذة ، وكذا يجب على البائع ان يرد الثمن المسمى للمشتري ، ان كان قائماً ، او بدله ان كان قد تلف ، وهذا هو المعنى المراد من قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده .

---

١ – ان ثبوت المهر والنسب والعدة ، مع الزواج الفاسد ليس من آثار عقد هذا الزواج ، بل من آثار الواقعة المادية ، وهي الوطء بشبهة ، لان النكاح الشرعي يشمل الشبهة والزواج الصحيح .

وتقول : ماذا تصنع بالاذن المقارن للعقد الفاسد ؟ فان مقتضاه عدم ضمان القابض الا مع التعدي والتفريط .

ولنا ان نجيب ان الاذن والرضا لم يحصلا على كل تقدير ، بل بناء على صحة العقد ، فاذا فسد الاساس كان الفرع مثله .

ولم يفرق الشيخ الانصاري في وجوب الضمان بين ان يكون كل من القابض والدافع عالمين بالفساد ، او جاهلين ، او جهل احدهما دون الآخر ، لعموم النص والفتوى . ومراده بالنص احترام مال المسلم ، كما يأتي ، وبالفتوى قول الفقهاء بالضمان بدون تفصيل وتقييد .

عكس القاعدة :

ومما ذكرناه في بيان معنى ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يتضح معنى العكس ، وهو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ، ولذا قال السيد اليزدي : « قد علم من بيان معنى الاصل معنى العكس ، فلا حاجة الى التكرار » . ومع ذلك نقول بأيجاز : ان كل عقد صحيح لا يوجب ضماناً فان الفرد الفاسد منه لا يوجبه ايضاً ، كالهبة ، فكما ان العين الموهوبة بهبة صحيحة لا يضمن الموهوب له شيئاً للواهب فكذلك ايضاً لا يضمن له شيئاً اذا قبضها بهبة فاسدة . وذلك ان الواهب قد سلط الموهوب له على ماله مجاناً ، فيكون ، والحال هذه ، غير مسئول عن شيء على تقدير الصحة ، فلا يكون مسئولاً ايضاً على تقدير الفساد .

وبديهة أن هذا يتم اذا كان الواهب اهلاً للتصرف ، ومالكاً للعين الموهوبة ، لان البحث انما هو في المعاملة التي لها فردان : احدهما صحيح ، والآخر فاسد ، اما التي ليس لها الا فرد فاسد فقط ، كهبة القاصر ، او غير المالك فهي اجنبية عن البحث ، والضمان فيها مؤكد بالاتفاق .

الدليل :

واستدل الفقهاء على قاعدة « ما يضمن » بأدلة :

اولاً : بقاء كل من العوضين على ملك صاحبه الاول ، اذ المفروض ان سبب التمليك والتملك وهو العقد ، فاسد ، فيكون المسبب مثله .

ثانياً : الاجماع بشهادة صاحب مفتاح الكرامة ، والجواهر ، وبلغة الفقيه ، وغيرهم ، قال الاول : طفحت بذلك عبارات الفقهاء . وقال الثاني : بلا خلاف اجده ، بل الاجماع على ذلك بقسميه . وقال الثالث : الاجماع على القاعدة مستفيض .

ثالثاً : الحديث النبوي المشهور : « على اليد ما اخذت ، حتى تؤدي » . وهو عام لكل يد يصدق عليها انها قد اخذت، سواء أكان ما اخذته عيناً او منفعة .

رابعاً : قول الامام الصادق (ع) : احترام مال المسلم كاحترام دمه . وقوله : لا يحل مال امرىء الا عن طيب نفس . وقوله : لا يذهب حق احد باطلاً .

خامساً : قاعدة من اتلف مال غيره فهو له ضامن . التي استنبطها الفقهاء من قول الامام الصادق (ع) : من اضر بطريق المسلمين فهو له ضامن .

المنافع :

اذا كان للعين المقبوضة بالعقد الفاسد منافع استوفاها القابض فعليه ضمانها عند المشهور ، تماماً كالعين ، لانها تبع لها ، وتشملها جميع الادلة المتقدمة في ضمان العين .

وتقول : ان ضمان المنفعة لا يجتمع مع ضمان العين ، لحديث : « الخراج بالضمان » اي ان استحقاق الخراج – وهو المنفعة – يكون في مقابل تحمل الخسارة .

الجواب :

اولاً : ان الحديث ضعيف للجهل بحال الراوي .

ثانياً : انه خاص فيما اذا كان الضمان بسبب مشروع ، ويدل على ذلك مورد الحديث ، وهو ان شخصاً اشترى عبداً من آخر ، وبعد ان استخدمه وجد فيه عيباً قديماً ، فخاصم البائع الى النبي (ص) ، فقضى برده على البائع ، فقال : يا رسول الله قد اشتغل غلامي . قال النبي : « الخراج بالضمان » اي لو هلك العبد في يد المشتري تحمل تبعة هلاكه ، هذا ، الى ان الاخذ بعموم الحديث يستدعي ان تكون منافع المغصوب للغاصب ، لانه ضامن للعين المغصوبة فيكون خراجها له ، ولا قائل بذلك .

المثلي والقيمي :

لقد اطال الشيخ الانصاري الكلام في المثلي والقيمي ، مع العلم بان هذين اللفظين لم يردا في آية او رواية .

وتسأل : ان الفقيه لا يهتم الا بالاحكام الشرعية وموضوعاتها ، واذا لم يكن للفظ المثل والقيمة عين ولا اثر في كلام الشارع فلماذا اهتم الفقهاء بهما ، وبتفسيرهما هذا الاهتمام ؟.

الجواب :

اجل ، ولكن ورد في كلام الشارع لفظ الضمان والاداء والوفاء ، ومعنى ضمان الشيء ووفائه هو الخروج عن المسؤولية بارجاعه بالذات ، ان كان قائماً ، او ارجاع بدله ، ان كان تالفاً ، والبدل

في نظر العرف هو المثل او القيمة ، فهما وان لم يردا في كلام الشارع الا انهما يتصلان وثيقاً بما جاء في كلامه .

ومعنى المثلي ان تتساوى افراده في الصفات ، والآثار ، والثمن ، بحيث اذا اختلط فردان منه ، او اكثر لا يمكن التمييز بينهما ، كالحبوب والنقود من صنف واحد ، ونُسخ الكتاب من طبعة واحدة ، والاقلام واذرع القماش من معدن واحد ، ومعمل واحد . اما القيمي فبالعكس ، فلا تتساوى افراده في الصفات والآثار والثمن – في الغالب – كالحيوانات والدور والاشجار .

وللسيد كاظم اليزدي في حاشيته على المكاسب تعليقاً على المثلي والقيمي عظيم الفائدة ، حيث نبه الى ان المثلي قد يصير قيمياً ، والقيمي مثلياً ، وننقله بالحرف لوضوحه ، قال : « المثلي ما له مماثل في الاوصاف والخصوصيات ، والقيمي ليس كذلك ، وهما يختلفان بحسب الازمان والبلدان والكيفيات ، فان الثوب ، وان كان معدوداً من القيمي الا أنه في مثل هذا الزمان يوجد الكثير من اصنافه التي تأتي من بلاد الافرنج فيكون مثلياً ، وهكذا الكتاب المطبوع ، وما عده العلماء مثلياً او قيمياً نما هو بالنسبة الى الموجود في بلادهم وزمانهم . ومن ذلك يظهر ان لا اعتبار باجماعهم على كون الشيء الفلاني مثلياً او قيمياً ، لانهم لم يستندوا في اقوالهم الى دليل شرعي ، فلو كان الموجود في زماننا على خلاف ما ذكروه لا تجب متابعتهم » .

وتجدر الاشارة بهذه المناسبة الى ان القول بتبدل الاحكام بتبدل الازمان انما يصح بالقياس الى الموضوعات التي علق الشارع احكامه بها ، وترك امر تحديدها الى العرف ، كما هي الحال في المثلي والقيمي ، ولا تمس الاحكام الشرعية ، ومبادءها الاساسية من حيث هي لا من قريب ولا من بعيد ، وعقدنا فصلاً خاصاً لهذا الموضوع في كتابنا « اصول الاثبات في الفقه الجعفري » .

شروط المتعاقدين

الأهلية :

تكلم فقهاء المذهب عن الاهلية ، واطالوا ، حتى شغل كلامهم عنها حيزاً كبيراً في كتب الفقه ، ولكنهم ، يا للاسف ، لم يفردوها بفصل مستقل يدرجون فيه جميع مسائلها واحكامها ، كما فعل الحقوقيون الجدد ، وانما تكلموا عنها حسب المناسبات في باب العبادات ، والمعاملات ، والاحكام ، والجنايات ، فتعرضوا في العبادات لصحة صوم الصبي وصلاته وحجه ، ووجوب الزكاة في امواله ، ونيابته عن غيره ، وفي باب المعاملات لتصرفاته ، وما يتبعها ، وفي باب الإحكام لطهارته ونجاسته ، وشهادته ولقطته ، وحيازته للمباحات ، والولاية عليه وعلى امواله ، والوصية له ، والوقف عليه ، وما يتحمله من نفقة الإقارب ، وفي باب الجنايات لتأديبه ، وضمان ما يتلفه ، وما الى ذلك مما يحتاج احصاؤه الى بذل الجهد ، وسعة الوقت .

وقسم الحقوقيون الجدد ، وبعض الفقهاء القدامى الاهلية الى اهلية الوجوب ، وأهلية الاداء ، وارادوا بالاولى صلاحية الانسان للتمتع بالحقوق

التي جعلها الشارع له ، وعليه دون حق استعمالها ، والتصرف فيها ، وارادوا بالثانية صلاحيته لإستعمال ما له من حق ، ونفاذ تصرفه فيه .

ونوجز نحن الكلام عن الاهلية ، كما ارادها الفقهاء من اقوالهم العديدة المتفرقـة في شتى ابواب الفقه ، وقد رأيناها تختلف عندهم باختلاف المراحل والإطوار التي يمر بها الإنسان في حياته منذ تكوينه جنيناً تاماً في بطن امه ، ثم انفصاله حياً ، حتى يصبح مميزاً ، ثم عاقلاً بالغاً . وكذا تختلف اهليـة العاقل البالغ باختلاف احواله من الرشد والسفه ، والصحة والمرض ، والعلم والعدالة ، والقرابة وغيرها ، وفيما يلي نشير الى هذه الحالات كلها او جلها :

١ ـ الجنين ، فانه اهل لما يوصى له به ، ويوقف عليه ، كما يجب ان يحجز له من تركة ابيه اكبر نصيب ، على ان لا ينفذ شيء من ذلك الا بعد انفصاله حياً . وهذا الحق يثبت لابن آدم بما هو حي ، ولو كان جنيناً في بطن امه .

٢ ـ وبمجرد انفصاله حياً ، وقبل ان يبلغ دور التمييز يصير اهلاً لتحمل الديون ، ومنها ديون مورثه ، على القول بانتقالها من ذمة الميت الى ذمة الورثة ، لا الى اعيان التركة .

ويضمن الصبي والمجنون ما يحدثان من اتلاف او عيب في مال الغير ، وعلى الولي السداد من مالها ان وجد ، والا انتظر صاحب الحق قدرة القاصر على الوفاء .

وايضاً يملك الصبي ما يُشترى ويوهب له ، وتصح الشركة معه ، والصلح عنه ، والبيع والشراء والزواج له ، وما الى ذلك من العقود التي يجريها الولي لحسابه على الاصول الشرعية . وهذا الحق يثبت للانسان

بما هو حي غير اجنبي .

اما اقوال غير المميز وافعاله فهباء ، لا اثر لها اطلاقاً ، حتى ولو تمحضت لمنفعته[1] .

٣ – اذا دخل دور التمييز يصبح اهلاً للصدقة عند المشهور ، وصحة الوصية في الخير ، وحيازة المباحات ، واستحقاق الكون في الامكنة العامة اذا سبق اليها ، وامتلاك اللقطة اذا كانت دون الدرهم ، كما انه يصير اهلاً للتأديب على السرقة واللواط ، وما اليه .

٤ – اذا بلغ عاقلاً راشداً استقل في جميع تصرفاته المالية ، وغير المالية ، واذا بلغ سفيهاً منع عن التصرف المالي الا باذن الولي .

٥ – من كان سليماً من مرض الموت حقّ له ان يتصرف في جميع امواله ، والا منع من التصرف عما يزيد على الثلث .

٦ – العادل اهل للشهادة المثبتة للحق ، وامامة الجماعة ، وولاية الحسبة .

٧ – المجتهد اهل للافتاء والقضاء ، والولاية على الايتام والمجانين والغائبين . والأب اهل للولاية على اولاده الصغار .

والمتحصل من كل ذلك ان اهلية كل شيء بحسبه ، ولم اهتدِ الى تعريف لها غير هذه الايماءة ، إذ يستحيل فهمها مجردة عن مواردها ، اما تقسيمها الى اهلية الوجوب ، واهلية الاداء فتقسيم ناقص ، لا يشمل جميع الموارد الا بضرب من التكلف والتعسف ، فان اهلية العادل

---

١ – جاء في وسيلة النجاة للسيد ابو الحسن الاصفهاني ان المجنون والصبي اذا التقطا ما دون الدرهم ملكاه ، سواء أقصد التملك ، ام قصده وليها ، ولم ار فقيهاً رتب اثراً شرعياً على قصد المجنون والصبي غير المميز في القطة ، ولا في غيرها ، بل قال صاحب الجواهر ، لا حكم لالتقاط الصبي ، وان كان مميزاً مراهقاً .

للشهادة – مثلاً – لا تثبت حقاً له ، ولا عليه ، كي تدخل في اهلية الوجوب ، كما ان الادلاء بالشهادة ليست من آثار العدالة في شيء ، كي تدخل في اهلية الأداء ، وانما هي اثر من آثار العلم بالحق ، ولذا جاز لكل عالم به ان يشهد عادلاً كان ، او غير عادل . هذا مجمل القول في الاهلية ، كما هي عند الفقهاء ، وقد مهدنا به للكلام عن شروط المتعاقدين .

البلوغ

للبيع اركان ثلاثة : العقد ، والمتعاقدان ، والمحل المعقود عليه . وتقدم الكلام عن العقد وشروطه ، اما شروط المتعاقدين فهي العقل ، والبلوغ ، والقصد ، والاختيار ، والسلطة على المعقود عليه ، وعدم التحجير ، لسفه ، او فلس ، او مرض موت ، وننتقل الى التفصيل بعد هذا الاجمال .

المجنون :

يدل على اشتراط العقل العقل نفسه ، والنقل ، والاجماع على ان بيع المجنون وشراءه باطل ، وان اذن له الولي ، لعدم شعوره والاعتبار لا بقصده ، بل ولا ببلوغه ، ويلحق به السكران ، والمغمى عليه ، والغضبان الذي استولى الغضب على عقله ، لتساوي الجميع في عدم الشعور والقصد . قال صاحب المستند : لا يصح البيع حال الغضب المستولي على العقل .

ولا فرق بين المجنون المطبق : وبين من يعتوره الجنون ادواراً اذا صادف الجنون حين العقد ، وان وقع حال الافاقة صح بالاجماع .

الصغير :

قال تعالى : « وابتلوا اليتامى حتّى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم — النساء ٥- » .

وقال الرسول الاعظم (ص) : رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي ، حتّى يحتلم ، وعن المجنون ، حتّى يفيق ، وعن النائم ، حتّى يستيقظ .

وقال الامام الصادق (ع) : يدفع للغلام ما له اذا بلغ وانس منه الرشد ، ولم يكن سفيهاً ولا ضعيفاً .

وسئل ابوه الامام الباقر (ع) : متى يؤخذ الغلام بالحدود التامة ؟. قال : اذا احتلم ، او بلغ خمس عشرة سنة ، او يحتلم ، او انبت واشعر قبل ذلك اقيمت عليه الحدود ، واخذ بها . قال السائل : فالجارية متى تجب عليها الحدود ؟. قال ، ان الجارية ليست مثل الغلام ، انها متى تزوجت ودخل بها ، ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ، ودفع اليها ما لها ، وجاز امرها في البيع والشراء ، واقيمت عليها الحدود ، واخذ لها بها ، ولا يجوز امر الغلام في البيع والشراء ، ولا يخرج من اليتم ، حتّى يبلغ خمس عشرة سنة او يحتلم ، او يشعر قبل ذلك ، اي ينبت الشعر في وجهه .

اتفق الفقهاء على ان غير المميز لا تصح تصرفاته اطلاقاً ، واختلفوا في تصرفات المميز على التفصيل التالي .

اسلامه :

اذا كان المميز قد تولد من ابوين غير مسلمين فحكمه حكمها ، فاذا اسلم قبل البلوغ يحكم بصحة اسلامه عند جماعة من الفقهاء ، منهم الشيخ الطوسي — كما نقل عنه — والسيد اليزدي ، والشيخ النائيني ، لان السبب الموجب للصحة هو الادراك ، فاذا ادرك المراهق ان محمداً (ص)

صادق في دعوته اصبح مسلماً . وقال كثيرون منهم صاحب الجواهر : لا يصح اسلامه ، لرفع القلم عنه .

والذي ليس فيه شك ان الاسلام حسن بذاته ، واذا لم يكن حسنه ملزماً وواجباً بالقياس الى الصبي المميز فلا اقل من الرجحان والاستحباب ، بخاصة على مبدأ من قال : ان كل واجب في حق البالغ فهو مستحب في حق الصبي .

عبادته :

ذهب المشهور الى ان عبادة الصبي من الصوم والصلاة والحج شرعية لا تمرينية ، وعلى هذا الشيخ الانصاري ، والسيد اليزدي ، والشيخ محمد حسين الاصفهاني ، قال هذا الشيخ في حاشيته على المكاسب : « ان ادلة التكاليف غير الملزمة لا مانع من شمولها للصبي » .

وقول المشهور غير بعيد عن الاصول والقواعد ، لان العبادة حسنة بذاتها ، ومحبوبة لله سبحانه بطبيعتها ، والمميز يدرك ذلك ، ويمكنه ان يتقرب بها الى خالقه جل وعز ، اما حديث رفع القلم فالمراد به رفع المؤاخذة التي تستدعي رفع الالزام والوجوب حتماً ، كما ان رفع الوجوب يستدعي رفع المؤاخذة كذلك . وبكلمة ان معنى رفع القلم عن المجنون والصبي والنائم انهم غير مكلفين بما يستدعي تركه المؤاخذة والعقاب .. وبديهة ان المستحبات لا مؤاخذة ولا عقاب على تركها ، فالحديث – اذن – غير متعرض للمستحبات نفياً ولا اثباتاً ، وعلى هذا فلا يصح الاستدلال به على نفي التكاليف المستحبة ، او اثباتها . فتبقى الادلة المثبتة للاحكام المستحبة على عمومها او شمولها لكل مدرك مميز بالغاً كان ، او غير بالغ .

وصيته وصدقته :

المشهور بين الفقهاء ان الصبي المميز اذا بلغ عشراً جازت وصيته وصدقته في وجوه المعروف ، وفيه روايات كثيرة وصحيحة عن اهل البيت (ع) ، منها قول الامام الصادق (ع) : اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته .. اذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له فيما اعتق ، او تصدق ، او اوصى على معروف .

قال صاحب الجواهر : « هذا هو المشهور نقلاً وتحصيلاً ، بل نسبه بعضهم الى الفقهاء مشعراً بدعوى الاجماع » .

وألحق بعض الفقهاء وقف الصبي بوصيته في وجه البر استناداً الى رواية تقول : ان الامام الصادق (ع) سئل عن صدقة الغلام ؟. فقال : نعم اذا وضعها في موضع الصدقة .

والمشهور بين الفقهاء عدم جواز الوقف منه ، لان الصدقة شيء ، والوقف شيء آخر ، ولذا خُصص لكل منهما باب مستقل في الفقه .

طلاقه :

نسب الى ابن الجنيد القول بصحة طلاق الصبي اذا بلغ عشراً استناداً الى رواية متروكة ، لمخالفتها للعمومات ، ولقول الامام الصادق : « لا يجوز طلاق الغلام ، حتى يحتلم » .

وقال صاحب الجواهر : ان الرواية الدالة على صحة طلاق البالغ عشراً محمولة « على بعض الامزجة في بعض البلدان الحارة التي ينبت فيها الشعر ، او يحصل الاحتلام مبكراً » .

وقال الشيخ أسد الله التستري في كتاب المقاييس : لم اقف على رواية عن اهل البيت (ع) في غير الصدقة والوصية سالمة من القدح في السند او الدلالة .

تغريمه :

اتفقوا على ان الصبي والمجنون يغرمان في اموالهما ما يحدثانه في مال الغير من تلف او عيب ، لان الضمان يستند الى نفس الحادثة بصرف النظر عن القصد والارادة والعقل ، ولذا اشتهر على السنة الطلاب والتلاميذ ان الاحكام الوضعية لا تختص بالبالغين ولا العاقلين ، ومنه تتضح عدم الملازمة بين الاحكام الوضعية والاحكام التكليفية [1] .

تأديبه :

اجمعوا على ان الصبي المميز يؤدب على ما يرتكبه من الكبائر ، قال الامام الصادق (ع) : جيء برجل الى امير المؤمنين قد لاط بغلام ، وشهد عليه الشهود ، فأمر به ، فضرب بالسيف ، حتى قتل ، وضرب الغلام دون الحد ، وقال له : لو كنت مدركاً – اي بالغاً – لقتلتك لامكانك اياه من نفسك .

وقال صاحب الجواهر : ولو لاط الصبي والمجنون بمثلهما ادبا معاً .

تملكه بالحيازة :

يملك المميز ما يحوزه من المباحات ، كالمياه والاعشاب والحطب ، وما اليه ، وكذا يملك ما يلتقطه اذا كان دون الدرهم ، على قول ، وله الحق فيما يحييه من ارض الموات ، والاولية فيما يسبق اليه من الامكنة

---

١ – الاحكام التكليفية فيها نحو من البعث والحث على الفعل كالوجوب او الزجر والردع عنه كالتحريم ، وليس من شك ان هذا يحتاج الى العقل والقصد والاختيار ، والى نية القربة احياناً ، كما هي الحال في العبادة ، اما الاحكام الوضعية فلا تتضمن شيئاً من ذلك ، وانما تتجه الى صحة العمل وفساده ، او الضمان وما الى ذاك .

العامة ، كالمساجد والساحات والاندية .

عقده :

المشهور بين فقهاء المذهب ان عقد المميز – غير البالغ – باطل ، حتى ولو اذن الولي ، سواء اوقعه اصالة عن نفسه ، او نيابة عن غيره ، وسواء أكان في الاشياء الحقيرة ، ام الخطيرة الا ما استثني من الصدقة والوصية في الخير . لقول الرسول الاعظم (ص) : رفع القلم عن الصبي ، حتى يحتلم . وقول الامام الصادق (ع) : عمد الصبي وخطأه واحد . ومعنى هذا ان ما يفعله الصبي متعمداً تماماً كالذي يفعله الكبير مخطئاً ، وعقد الكبير عن خطأ لا اثر له فكذلك عقد الصبي عن عمد . قال الشيخ الانصاري في المكاسب : « اذا جمعنا الادلة بعضها الى بعض فمقتضاها عدم الاعتبار مما يصدر عن الصبي – اي المميز وغيره – من الافعال التي يعتبر فيها القصد ، كانشاء العقود اصالة ووكالة ، والقبض والاقباض ، وكل التزام على نفسه من ضمان او اقرار او نذر او ايجاز » .

وخالف المشهور جماعة من الفقهاء ، وقالوا بجواز معاملة الصبي المميز وصحتها مع اذن الولي ، ومن هؤلاء فخر المحققين ابن العلامة الحلي ، والسيد كاظم اليزدي ، والشيخ الاردبيلي ، والسيد الحكيم ، قال هذا السيد في نهج الفقاهة ص ١٨٣ طبعة ١٣٧١ هـ :

« لا ينبغي التأمل في ثبوت سيرة العقلاء على ذلك في جميع الاعصار ، ولم يثبت الردع عنها ، والظاهر ان سيرة المتشرعة [1] كذلك ، فلا ينبغي

---

١ – الفرق بين سيرة العقلاء ، وبين سيرة المتشرعة ان الأولى عبارة عن استمرار عمل العقلاء على شيء بما هم عقلاء ، بصرف النظر عن الدين والتدين ، حتى ان الملحدين يدخلون فيها ، وهي المعبر عنها بالعرف ، أما الثانية فهي استمرار الفقهاء المسلمين على العمل بما هم فقهاء ملتزمون باحكام الشريعة .

التأمل في حجيتها .. اذن لا يبعد القول بصحة عقد الصبي اذا كان باذن الولي ، كما اختاره جماعة ، منهم المحقق الاردبيلي ، وقبله فخر المحققين في الايضاح » .

وقال آخرون : تجوز معاملة المميز في الاشياء الحقيرة فقط ، كشراء باقة البقل ، والبيضة ، والرغيف ، وما الى ذاك ، ولا تصح في غيرها .

والحق الذي نؤمن به ان الصبي الفطن المأمون يملك جميع التصرفات التي تعود عليه بالنفع والصلاح ، لان البلوغ وسيلة لا غاية ، ولذا لو بلغ غير راشد يحجر عليه ، فالعبرة – اذن – بالرشد ، لا بالبلوغ ، ونقول لمن لا يؤمن الا « بالقال والقيل » : لم نتفرد نحن بذلك ، فقد جاء في كتاب المقابيس للتستري ج ٢ ص ٤ طبعة ١٣٢٢ ﻫ ما نصه بالحرف : « بيع من بلغ عشرا وشراؤه حكي فيه قول بالجواز ، وعزاه بعضهم الى الشيخ – اي الطوسي شيخ الطائفة – وذكره العلامة في التذكرة وجه لاصحابنا .. وقال في التحرير : وفي رواية صحة بيع الصبي اذا بلغ عشر سنين رشيداً ، وذكر الصيمري نحو ذلك » .

وجاء في مفتاح الكرامة كتاب المتاجر ص ١٧٠ : « ونسب الى الشيخ تارة ، وبعض الاصحاب اخرى جواز بيعه اذا بلغ عشرا عاقلاً .. والموجود في كتاب المبسوط روي انه اذا بلغ عشر سنين وكان رشيداً كان جائز التصرف » .

وهذه الرواية تخصص الروايات الاخر ، ويكون معناها مجتمعة ان امر الصبي لا يجوز في الشراء والبيع ، حتى يبلغ ١٥ سنة [1] او يحتلم ، او يشعر ، او يبلغ العشر راشداً .

ويؤيد ذلك قول المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد : « اذا جاز عتق الصبي ووصيته بالمعروف ، وغيرها كما هو ظاهر الكثير من الروايات فلا يبعد جواز بيعه وشرائه ، وسائر معاملاته اذا كان بصيراً رشيداً

---

١ – وفي بعض الروايات ثلاث عشرة سنة ، وهي تعزز ما قلناه .

مميزاً ، يعرف نفعه وضره في المال ، وطريق الحفظ والتصرف ، كما نجده في كثير من الصبيان ، فانه قد يوجد بينهم من هو اعظم في هذه الأمور من آبائهم ، فلا مانع ان يوقع الصغير العقد خصوصاً مع اذن الولي ، وحضوره بعد تعيين الثمن » .

فقوله خصوصاً اذن الولي صريح في ان معاملة الصبي جائزة بدون اذن الولي ، ولكنها تتأكد معه . وكلنا يعلم مكانة الاردبيلي الدينية والعلمية ، حتى اشتهر بالمقدس ، ووصف بالمحقق عند الجميع (ت سنة ٩٩٣ هـ) .

اجازة الصبي والمجنون :

اذا اصدرت صيغة العقد من الصبي الذي لا تصح تصرفاته ، ثم اجاز بعد ان يبلغ ، او اجاز المجنون بعد ان يفيق ، او النائم بعد ان يستيقظ ، او السكران بعد زوال اثر السكر ، والمغمى عليه بعد ذهاب الاغماء ، كل هؤلاء لا اثر لاجازتهم ، اذ لا يعتد بعقودهم ، ولا بشيء من تصرفاتهم من الاساس ، واذا لم يوجد العقد فلا يبقى للاجازة من موضوع تتعلق به ، وترد عليه .

وبكلمة ان العقل والبلوغ شرطان في اصل العقد ووجوده ، لا ان العقد موجود بالفعل ، ولكن الجنون والصغر مانعان من نفاذه ، حتى اذا زالا أثر العقد اثره .

القصد والاختيار

العبرة بالقصد :

اتفقوا قولاً واحداً على ان الألفاظ والافعال بما هي لا أثر لها اطلاقاً في المعاملات والايقاعات والاقرارات والشهادات وغيرها ، وانما تكون حجة يترتب عليها الأثر الشرعي من حيث تعبيرها عن القصد ، فهو الاصل والاساس ، قال الرسول الأعظم (ص) : انما الأعمال بالنيات.

وقال الامام الصادق (ع) : لا طلاق الا لمن اراد الطلاق . الى غير ذلك من احاديث الرسول ، وروايات اهل البيت عن جدهم . فاذا علمنا بطريق من الطرق عدم قصد المعنى من اللفظ يكون وجوده وعدمه سواء .

وتكرر ذلك في كتب الفقه ، بخاصة المعاملات ، قال السيد اليزدي في حاشيته المكاسب : « لو علم من المتكلم عدم القصد الى اللفظ ، او مدلوله ، او عدم قصد الانشاء بطل » .

وقال الشيخ التستري في المقاييس : « ان العقد غير المقصود ليس عقداً في الحقيقة ، لأن تأثير الصيغة ليس تعبداً محضاً ، كما هي الحال

في اذكار الصلاة ، وانما تسمى الصيغة عقداً بضميمة المقصود منها ايجاباً وقبولاً » . وقال الشيخ الاصفهاني في حاشية المكاسب : « لا صيغة بلا قصد » الى غير ذلك من العبارات التي لا يبلغها الاحصاء ، وكلها تدل على ان العقد يستمد وجوده من القصد ، لا من شكل العقد ، ووجوده كيف اتفق، والا لم يجز الطعن فيه بعدم القصد ، او الاكراه، وقد اشتهر ان العقود تتبع القصود .

وتقول : اذا كان القصد من مقومات العقد ، فلماذا ذكره الفقهاء مع شروط المتعاقدين ، لا مع شروط العقد ؟ .

والجواب ، اجل ، هو من مقومات العقد ، وانما ذكره الفقهاء مع شروط المتعاقدين ، لشدة ارتباطه بهما ، وعدم انفصاله عنهما ، تماماً كالعقل والبلوغ .

القصد بلا اكراه :

معنى القصد بلا اكراه الذي يترتب عليه الأثر الشرعي ان يريد المتعاقدان انشاء العقد طلباً لآثاره ، والأخذ بها ، دون ضغط واكراه من احد — مثلاً — اذا قال : بعتك داري بكذا ، وكان قاصداً الانشاء ، وما يترتب عليه من انتقال الدار من ملكه الى ملك القابل بلا اكراه كان الايجاب صحيحاً ، واذا علمنا انه تلفظ به من غير قصد، او كان قاصداً للانشاء ، ولكنه غير قاصد لآثاره ، او قصدها ، ولكن هذا القصد نشأ وتسبب عن الاكراه بطل العقد ، ويتفرع على ذلك الكثير من الفروع والثمرات ، نشير فيما يلي الى طرف منها .

النائم واخوته :

لا أثر للايجاب او القبول اذا صدر من الناسي ، او النائم ، او

المغمى عليه ، او السكران ، او من استولى الغضب على عقله ، لعدم القصد من الاساس ، وكذلك اذا قصد الاخبار او الاستفهام ، دون الانشاء ، اما قصد الانشاء من الهازل فلا يعتد به ما دام لم يتجه اتجاهاً جدياً لآثار العقد ، والأخذ بها ، ومثله تماماً العقد الصوري الذي بني على التواطؤ .

الاكراه :

اذا قصد الانشاء طلباً لآثاره ، والعمل عليها ، ولكن تولد هذا القصد من الضغط والاكراه ، فلا أثر لقصده هذا بالاجماع ، لقول الرسول الاعظم (ص) : رفع عن امتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه ، وقول الامام الصادق (ع) : لا يقع الطلاق باكراه ، ولا سكر ، ولا على غضب .

وتقول : كيف يجتمع الاكراه والقصد ، مع العلم بأن الاكراه هو عدم القصد ، او مستلزم له ؟ .

ونجيب بأن الظالم القوي لو هددك وتوعدك اذا امتنعت عن بيع دارك تولد في نفسك خوف الضرر ومن هذا الخوف تتولد الرغبة في البيع دفعاً لما هو اكثر ضرراً ، واعظم خطراً ، فاجتمع ، والحال هذه ، قصد البيع مع السبب الباعث عليه ، وهو الاكراه ، قال السيد اليزدي: « ان المكره مريد للفعل في الخارج ... والحامل له على الفعل ليس الا عقله الحاكم بوجوب دفع المفسدة ، وارتكاب ما هو أقل ضرراً » . وقال الشيخ الانصاري : « ان المكره يختار الفعل لاستقلال العقل بوجوب اختياره دفعاً للضرر ، او ترجيحاً لأقل الضررين » .

هذا ، وليس من الضروري ان يقصد المكره (بالفتح) البيع ،

وينوي انتقال العين من ملكه ، بل قد يتلفظ بالايجاب غير قاصد لمدلوله فيقع باطلاً لعدم القصد ، لا للاكراه ، ولكن لو افترض انه قصد ونوى البيع والتمليك يكون قصده هدراً لا أثر له ، ما دام ناشئاً عن الاكراه ، وبكلمة ان الاكراه يتعلق بالمقدور ، والقصد غير مقدور ، فلا اكراه عليه بالذات ، وانما الاكراه على نفس الفعل ، ومع ذلك لو حدث الفعل المكره عليه عن قصد لا يترتب عليه أثر اذا كان القصد موافقاً لغرض الظالم المكرِه .

اسلام الخائف :

وتسأل : لقد ثبت عن رسول الله (ص) انه قال : امرت ان اقاتل الناس ، حتى يقولوا لا إله الا الله ، وقبل اسلام من نطق بالشهادتين خوفاً من السيف ، وعامله معاملة المسلمين ، وعلى هذا ينبغي ان تصح المعاملة مع الاكراه ، بل ان صحتها أولى ، لأن الاسلام اصل ، والمعاملات فرع .

الجواب :

ان آثار الاسلام ، كحقن الدماء والأموال ، والمناكحة والتوارث انما تترتب على الشكل فقط ، وهو مجرد النطق بالشهادة ، لا على الاسلام واقعاً ، فالمطلوب هو التسليم بأي دافع كان ، ومن تتبع تاريخ الاسلام ونبيه الكريم (ص) يجد ان هذا الباب اوسع بكثير من باب العقود والايقاعات ، والغاية من ذلك الرغبة في انتشار كلمة لا إله الا الله ، محمد رسول الله ، واعلانها في كل قطر وجيل .

المضطر :

اذا اضطر انسان الى بيع داره – مثلاً – مع حاجته اليها ، ولكن دعت الضرورة الى حاجة أشد ، كوفاء الدين ، او الانفاق على العيال ، او التطبيب ، الى غير ذلك مما تستدعيه الظروف الخاصة ، اذا كان الامر كذلك يتم البيع ويصح .

وتقول : ان المضطر تماماً كالمكره كلاهما اوقع البيع دفعاً للضرر الأشد ، فكيف صح بيع المضطر ، دون المكره ؟ .

الجواب :

اولاً : اجل ، ان كلا من المضطر والمكره لم يقصد البيع الا دفعاً لأشد الضررين ، ولكن الفرق ان المضطر قد ألجأته ظروفه الخاصة الى البيع ، دون ان تتوسط ارادة الظالم في هذا الاضطرار ، اما المكره فانه في سعة من ظروفه ، وربما في غنى عن بيع داره ، وانما الجأه اليه ضغط الظالم واكراهه عليه ، لذا صح في الأول دون الثاني ، وبكلمة ان الذي يُفسد البيع هو الاكراه ، لا مجرد الكراهية .

ثانياً : ان احكام الشريعة الاسلامية ترتكز على التوسعة ، وعدم الحرج والضيق ، ولو قلنا بفساد بيع المضطر الذي ألجأته ظروفه اليه للزم بقاؤه فيما هو أشد ضيقاً وحرجاً ، ويتنافى هذا مع مقاصد الشريعة السمحة ، فبيع المضطر اشبه بمن اختار قطع عضو من اعضائه لحفظ حياته ، كما قال السيد اليزدي .

وهذا بعكس من اكرهه الظالم على البيع ، حيث يلزم من القول بصحة بيعه تبرير الظلم ، واقرار الظالم على ظلمه . وبالاختصار ان مصلحة كلٍ من المضطر والمكره ، والاحتفاظ بحريته وكرامته يستدعي صحة معاملة المضطر دون المكره .

ثالثاً : ان العرف يفرقون بين المضطر والمكره ، ويرون صحة بيع الأول دون الثاني . وتجدر الاشارة الى ان المضطر والمكره يشتركان معاً في رفع الحكم التكليفي كالوجوب والحرمة ، فمن اضطر الى اكل لحم الميتة — مثلاً — لا يؤاخذ بشيء ، تماماً كمن أكره عليه ، ذلك ان السبب لرفع التكليف والمؤاخذة هو دفع الضرر المتحقق في المكره والمضطر. ويفترقان في الحكم الوضعي ، كالصحة والفساد ، حيث نحكم بصحة معاملة المضطر دون المكره ، والسر ان الاكراه يرفع التكليف والوضع معاً ، لا التكليف فقط ، كما هي الحال في الاضطرار .

معنى الاكراه :

١ — لم يحدد الشارع معنى الاكراه ، فيتعين الرجوع الى العرف ، ويتحقق عندهم بخوف الضرر على النفس والمال والعرض ، وقال بعض الفقهاء : يختلف الخوف باختلاف الاشخاص ، ومكانتهم الاجتماعية — ما عدا الخوف على النفس — فقد يكون التهديد بالشتم ضرراً بالنسبة الى شخص ، وليس بشيء بالنسبة الى آخر ... والأولى ان يحدد الاكراه بما يستند اليه الفعل ، بحيث لولاه لم يحصل ، سواء أكان الخائف عظيماً ، ام حقيراً ، هدد بالشتم ، ام بالضرب .

الاكراه بحق :

استثنى الفقهاء من الاكراه ما كان بحق ، كاكراه الحاكم المحتكر على بيع الطعام ايام المجاعة ، وبيع مال لوفاء دين ، او نفقة عيال ، او بيع الحيوان اذا امتنع او عجز صاحبه عن نفقته ، او طلاق الزوجة لسبب مبرر . الى غير ذلك من الاكراه الذي امر الله به .

اجازة المكره :

قال الشيخ الانصاري : « المشهور بين المتأخرين ان المكرَه لو رضي بعد ذلك بما فعله صح العقد ، بل نقل الاتفاق عليه ، لأنه عقد حقيقي ، فيؤثر أثره » .

ذلك ان المانع من صحة العقد الاكراه وعدم الرضا ، فاذا ارتفع الأكراه ، ووجد الرضا بالعقد كان شأنه شأن العقود الصحيحة التي يجب الوفاء بها ، اما اقتران العقد بعدم الاكراه فلا دليل عليه ، فيكفي — اذن — مطلق الرضا تقدم او تأخر .

وبكلمة ان العقد موجود ، ولكنه اقترن بوجود المانع من نفاذه ، فاذا ارتفع المانع ، وهو الاكراه اثر العقد اثره .

ولا يعتد برضا الهازل والساهي والنائم ومن اليه ، لعدم الاتجاه الى آثار العقد حين التلفظ به ، بل ان النائم والسكران والمغمى عليه مسلوبو العبارة . واذا رضي المكره بعد العقد ، فهل يكون رضاه كاشفاً عن ترتب آثار العقد من حين انشائه ، او ناقلاً الملكية حين الرضا به ؟ . وعلى الاول يكون النماء المتخلل بين العقد والرضا للقابل ، وعلى الثاني يكون للموجب .

قال الشيخ الانصاري : « الأقوى بحسب الأدلة النقلية هو الكشف ، لا النقل ، كما سيجيء في مسألة الفضولي » . ويأتي الكلام عنه في الفصل التالي .

الاكراه على المال :

اذا طلب الظالم من شخص مبلغاً من المال ، وهو لا يملك شيئاً منه

فاضطر الى بيع داره ، ليدفع الظلمَ بثمنه عن نفسه ، فهل يقع البيع صحيحاً او يبطل ؟ .

ولا بد في الجواب من التفصيل ، فاذا كان قصد الظالم متجهاً منذ البداية الى حمل المظلوم على بيع داره ، وجاء طلب المال وسيلة لهذه الغاية ، لعلم الظالم بأن المظلوم يعجز عن الدفع الا بالبيع ، اذا كان الأمر كذلك بطل البيع ، لأن الاكراه متجه الى البيع اولاً وبالذات ، واذا لم يقصد الظالم الا اخذ المال من اي سبيل اتفق، قال الفقهاء : يصح البيع ، لأن الاكراه قد تعلق بدفع المال ، لا بالبيع ، قال الشيخ الانصاري : « من اكره على دفع مال ، وتوقف على بيع بعض امواله فالبيع الواقع منه صحيح، وان كان لدفع الضرر المتوعد به الا انه ليس مكرهاً » .

والحق ان البيع يصح اذا استطاع المظلوم ان يدفع المال بغير البيع ولو بالدين ، ومع ذلك اختار البيع ، ويبطل اذا انحصر الدفع بالبيع فقط ، بخاصة اذا باع على الظالم نفسه ، لأن الفعل يستند والحال هذه ، الى الاكراه ، بحيث لولاه لم يقع .

تعين المالك :

تعرض فقهاء المذهب الجعفري — اثناء كلامهم عن القصد — لمسألتين هامتين :

١ — ان كلاً من المثمّن والثمن تارة يكون محسوساً وموجوداً في الخارج ، كالدار والبستان ، وما اليهما ، فيقول البائع : بعتك هذه الدار بهذا البستان ، واخرى لا يكون له وجود خارجي ، بل كلياً في الذمة ، كبعتك طناً من الحنطة بألف ليرة ، فان مثل هذا يصح ، حتى

ولو لم يملك البائع حبة واحدة من الحنطة والمشتري ليرة ً حين البيع .

فان كان العوضان من الموجودات الخارجية فلا يعتبر قصد من يملكهما على سبيل التعيين ، بل يكفي قصد العوضين الموجودين بالفعل المرئيين للعيان ، وقصدهما بالذات ، هو قصد اجمالي لمن له الملك .. وبتعبير ثان ان الغرض من البيع ، وسائر المعاوضات المالية هو مبادلة مال بمال ، وهذه المبادلة تستدعي معرفة المالين ، لا معرفة المالكين لهما ، قال الشيخ الانصاري : « مقتضي المعاوضة والمبادلة دخول كل من العوضين في ملك الآخر .. وعلى هذا فقصد العوض وتعيينه يغني عن قصد المالك وتعيينه » . ومتى تم الايجاب والقبول على العوضين الخارجيين ينظر : فان كان المتعاقد اصيلاً او مأذوناً لزمت المعاملة دون ان تتوقف على شيء ، وان كان فضولياً توقف نفاذها على الاجازة .

وان كان العوضان في الذمة لا في الخارج فلا بد من تعيين صاحبها، اذ لا يعقل مطالبة شخص غير معين ، ولأن الذمة من حيث هي لا تصلح موضوعاً للمعاوضة الا مع التعيين والتشخيص ، لأن الذمة امر اعتباري لا توجد الا بوجود صاحبها ، واذا لم يكن لها وجود مستقل فكيف يتعلق بها الشيء الموجود ؟ . قال السيد الحكيم في نهج الفقاهة : « اذا لم يكن العوضان خارجيين اعتبر القصد الى من له العقد ، لأن الذميات لا يصح ان تكون موضوعاً للمعاوضات الا باضافتها الى ذمة معينة » .

شخصية المتعاقد :

٢ — هل لشخصية المتعاقد تأثير في لزوم العقد — مثلاً — اذا اوقع معاملة مع شخص معتقداً انه زيد ، فتبين انه عمرو ، فهل يحق للمشتبه ان يفسخ ؟

قال الفقهاء : يختلف الحكم في ذلك باختلاف الرغبات ، فان كان الغرض من العقد هو نفس المعقود عليه : وتبديل كل من العوضين بالآخر بغض الطرف عن شخصية المتعاقد ، وعن كونه اصيلاً ، او وكيلاً ، او فضولياً ، فان كان الامر كذلك تلزم المعاملة ، وليس لأحد المتعاقدين الرجوع والفسخ الا مع شرط التعيين ، وان كان الغرض من العقد نفس المتعاقد لا المعقود عليه ، كعقد الزواج والهبة والوصية والوقف والوكالة فتجب معرفة كل من المتعاقدين للآخر ، بحيث اذا انكشف الخلاف يثبت للطرف الآخر حق الفسخ .

قال السيد اليزدي في حاشية المكاسب : « يجب تعيين كل من الطرف ، وعلم الآخر به اذا كان ركناً في المعاملة ، بحيث تختلف الرغبات نوعاً باختلافه ، كما في الزواج ، فان الزوجين فيه بمنزلة العوضين ، تختلف الاغراض باختلافهما ، وكذا في الوقف بالنسبة الى الموقوف عليه ، فان الغرض متعلق بالموقوف عليه ، اما الواقف فلا ، وكذا في الهبة ، فان الواهب يختلف غرضه في هبة ماله بالنسبة الى الاشخاص ، وكذا في الوكالة ، وامثالها .. بخلاف البيع ، فان الركن فيه هو العوضان ، ولا يتعلق الغرض غالباً بالمالك .. فتعيينه غير لازم ، وتخلفه مع عدم اشتراطه لا يوجب البطلان ولا الخيار » .

وبالاجمال ان المعنى المراد من اقوال الفقهاء على طولها في هذه المسألة تتلخص في هذه الجملة ، وهي ان الشخص المخاطب بالايجاب ان كان قد اعتبر وسيلة ، لا غاية فليس للموجب ان يختار الفسخ ، ان استبان خلاف القصد ، كما هي الحال في البيع ، وغيره من العقود التي لا يقصد منها الا مجرد المعاوضة ، وبالاولى العقد الذي يراد به مجرد وقوع الفعل من اي كان ، كجعل جائزة معينة ممن يفقد شيئاً لمن يأتي به ، وكتنفيل الامام بقوله : من قتل فلاناً فله كذا ، ومن احيا ارضا ميتة فهي له.

فان الملتزم له مجهول من الاساس ، ومع ذلك اجمع الفقهاء على صحة الالتزام .

وان كان الشخص المخاطب قد اعتبر غاية ، لا وسيلة يثبت له حق الفسخ اذا تبين انه غير المقصود ، كما هو الشأن في الزواج والوقف والوصية والهبة والوكالة .

مخاطبة الوكيل :

اذا علم الموجب ان القابل وكيل ، فهل يصح ان يوجه اليه الخطاب ، ويقول له : زوّجتك ، وبعتك ، او يجب ان يقول : زوّجت موكلك ، وبعت موكلك ؟ .

قال اكثر الفقهاء : لا بد من التفصيل بين العقد الذي اعتبر فيه المتعاقد وسيلة لا غاية ، كالبيع والاجارة ، وبين العقد الذي اعتبر فيه المتعاقد ركناً وغاية ، لا وسيلة كالزواج ، وفي الاول يصح ان يخاطب الوكيل بخطاب الاصيل دون الثاني ، ويقول للوكيل : بعتك او بعت موكلك ، ولا يقول له : زوّجتك ، بل يجب ان يقول : زوّجت موكلك .

وقال السيد اليزدي في حاشية المكاسب : « التحقيق الجواز في الكل مع نصب القرينة ، لعدم المانع من مثل هذا الاستعمال » .

وهو الحق ، لأن العبرة بظهور القصد ، ومعرفة المراد من اللفظ ، لا باللفظ من حيث هو ، وعليه يصح ان يقول للوكيل : زوّجتك اذا عُلم يقيناً ان المقصود والمراد هو الموكل لا الوكيل ، فلقد قرر علماء اللغة ان النسبة تصح لأدنى ملابسة ، كهذا مكانك ، ومن هنا طريقك ، يريدون المكان اللائق بالمخاطب ، والطريق المؤدي الى بيته ، او بلده .

الوكيل وحكم العقد :

للعقد احكام وآثار خاصة تترتب عليه ، سنذكرها انشاء الله بعد الانتهاء من شروط المتعاقدين ، وشروط المعقود عليه ، ومن هذه الاحكام حق البائع بمطالبة المشتري بالثمن ، وحق المشتري بمطالبة البائع بالمثمن ، ورجوع كل على الآخر عند ظهور العيب في العوض الذي انتقل اليه .

وموضوع الكلام في هذه الفقرة ان المتعاقد اذا باع ، او اشترى لغيره لا لنفسه ، كما لو كان وكيلاً ، فهل للطرف الآخر الذي باشر معه العقد ان يطالب الوكيل بالعمل على احكام العقد وآثاره ، او يطالب الموكل ، او له الرجوع على ايهما شاء ؟ . — مثلاً — أجرى زيد معاملة بيع داره مع عمرو ، ولكن عمراً اشتراها لموكله خالد ، لا لنفسه ، فهل المسؤول عن الثمن عمرو ، او خالد ، او هما معاً ؟ . ولو انعكس الامر ، وافترضنا ان زيداً باشر بيع الدار بالوكالة عن غيره ، وعمراً اشترى لنفسه ، ثم ظهر عيب في الدار ، فهل يرجع عمرو على الوكيل ، او على موكله ؟ .

الجواب :

اتفق الفقهاء جميعاً على ان الوكيل اذا لم يفوض اليه امر البيع والشراء ، وانما كان وكيلا في مجرد اجراء الصيغة ، والمعاملة الشكلية فقط ، اذا كان كذلك فلا يجوز الرجوع على الوكيل بشيء ، إذ يكون والحال هذه ، اشبه بالأجنبي ، او بالآلة لوقوع الصيغة واجرائها .

واختلفوا فيما اذا كان وكيلا في المعاملة نفسها ، لا في اجراء صيغتها فحسب ، واصح الاقوال ما ذهب اليه الشيخ النائيني في تقريرات الخونساري ، وهو ان الطرف الآخر اذا علم ان الذي أجرى معه المعاملة وكيل لا أصيل كان الموكل وحده هو المسؤول ، دون الوكيل ، وان

كان جاهلا بأنه باشر المعاملة معه وكالة لا اصالة تخير بين الرجوع على الموكل ، لأن العقد له في الواقع ، وبين الرجوع على الوكيل ، لأنه انشأ الالتزام وباشره مع الوكيل ، قال الشيخ النائيني : « لو علم كونه وكيلا فالملتزم هو الموكل بلا شبهة ، لأن الخطاب ، وان كان متوجهاً الى الوكيل الا انه لم يتوجه اليه بما هو هو ، بل بما هو نائب عن موكله ، اي ان العلم بالوكالة يجعل الالتزامات العقدية على الموكل ، واما اذا جهل الوكالة فالملزم هو الوكيل ، لأن الجهل بها يجعل الالتزامات الصريحة والضمينة مع الوكيل ، بل لعله لو كان عالماً بالوكالة لما أوقع المعاملة مع الموكل ، لأن الناس في السهولة والصعوبة ، والعسر واليسر ، والمماشاة والمماطلة مختلفون » .

ضابط التعبير عن القصد

الضابط :

اعتاد الفقهاء ان يذكروا في آخر البيع فصلاً بعنوان « ما يندرج في المبيع » تعرضوا فيه لدلالة لفظ الاشياء التي كانت – في الغالب – تباع وتشترى في زمانهم اكثر من غيرها من الثوابت ، كالدار والارض والبستان ، وما اليه ، وحددوا الضابط الذي يجب الرجوع اليه عند الشك في قصد المتعاقدين ، وما يندرج في لفظ المبيع ، وما يخرج منه .. وهذا البحث من البحوث الهامة ، لانه يتعلق بتفسير العقد ، والارادة المشتركة بين المتعاقدين » لذا آثرنا ان يكون العنوان « ضابط التعبير عن القصد » لا ما يندرج او يدخل في المبيع ، كما فعل الفقهاء ، وايضاً آثرنا ذكر هذا الفصل هنا ، لا في آخر البيع ، كما فعلوا ، لانه انسب في الترتيب والتبويب .. هذا الى ان وضعه في آخر البيع اوقع الكثير في الاشتباه ، وظنوا ان المسألة مجرد تفسير للفظ الارض والبستان ، حتى كأن الفاظ العقد منفصل بعضها عن بعض لا اتصال بينها ولا تكامل .

ومهما يكن ، فان الفقهاء قالوا في علم الاصول : ان كل لفظ جاء في كلام الشارع يحمل على ما عُلم ارادته منه ، سواء أكان المعنى شرعياً

او عرفياً حقيقياً او مجازياً ، وان لم يعلم ما اراد فيحمل اللفظ على الحقيقة الشرعية ان كانت ، والا فعلى ما هو المعروف في زمانه ، وان جهل فعلى المعنى المرتكز في اذهان اهل هذا الزمان ، فان لم يكن فعلى المعنى اللغوي ، فان تعدد ولم يترجح معنى على معنى كان اللفظ مجملاً ، وبالتالي ، تكون الواقعة في حكم ما لا نص عليه من الشارع .

وطبق بعض الفقهاء هذا الضابط على الفاظ المتعاقدين ، وقال : يحمل لفظهما على المعنى الشرعي ، ثم العرفي ، ثم اللغوي .. وهذا اشتباه بين الفاظ الشارع ، والفاظ غيره ، وبعيد عما نحن فيه كل البعد ، ولذا علق عليه صاحب الجواهر بقوله : « وهذا من غرائب الكلام ، لان العقد يتبع القصد ، فان علُم قصد المتعاقدين عمل به ، والا حمل اللفظ على ما يفهمه العرف العام ، حتى ولو خالف الحقيقة الشرعية .. نعم ، قد يقال بتقديم المعنى الشرعي على العرفي في دخول ثمرة النخل قبل التأبير[1] في ملك المشتري ، ولكن هذا غير محل البحث » . لان البحث فيما يندرج في المبيع من حيث هو بصرف النظر عما ورد من النص في واقعة خاصة ، لا يتعدى الى غيرها .

وخير ما قرأته في هذه المسألة ما قاله صاحب مفتاح الكرامة في مجلد المتاجر ص ٦٦٩ ، وهذا نصه :

« وتنقيح المسألة ان يقال : ان المدار انما هو على عرف المتبايعين ، لان البائع ما باع الا ما هو مقصود له ، والمشتري كذلك ؛ وليس المقصود باطلاقهما اللفظ الا ما استقر عليه عرفهما ، واستمر عليه اصطلاحهما .. فلو صرف ذلك الى عرف الشارع ، او العرف العام ، او اللغة ، على تقدير أن شيئاً من ذلك مخالف لعرفهما لكان البيع باطلاً ، للجهل بالمبيع حال العقد ، نعم ، اذا عرفا اصطلاح الشارع مثلا ، واوقعا العقد عليه كان هو المرجع ، لا لأنه متقدم على اصطلاح

---

١ – حتى في التأبير لا يتقدم المعنى الشرعي على العرفي ، كما اوضحناه في آخر هذا الفصل .

المتعاقدين ، بل لانه مراد لهما ، تماماً كما لو اوقعا العقد على اصطلاح قوم آخرين ، وكذلك اذا اوقعاه على اصطلاح العرف اذا كان مخالفاً لعرف بلدهما ، وكذلك الحال في اللغة » .

« فالضابط الذي لا غبار عليه هو الرجوع الى عرف المتبايعين ان عُلم ، والا فالى العرف العام ، والا فالى اللغة » . ونذكر فيما يلي طرفاً من الفاظ المبيع التي تعرض لها الفقهاء ، كأمثلة على هذا الضابط .

الارض :

اذا كان في الارض بناء ، او شجر ، او زرع ، وباع الارض مالكها ، بحيث كان المعقود عليه لفظ الارض المعلومة بين الطرفين ، ولم يذكرا شيئاً مما فيها ، فهل يدخل في المبيع البناء والشجر والزرع ؟. وعلى افتراض عدم الدخول ، فهل للمشتري الخيار بين الفسخ او الامضاء مجاناً ؟.

قال الفقهاء : لا يدخل شيء من ذلك في لفظ الارض الا مع القرينة الصريحة ، كما لو قال : بعتك هذه الارض بما فيها ، او بما دار عليه حائطها ان كان لها حائط .. اجل ، تدخل فيها الصخور الثابتة ، والاحجار المخلوقة بطبيعتها .

ولا خيـار للمشتري مع العلم ، ويثبت له الخيار بين الفسخ ، او الامضاء مجاناً ان كان جاهلاً بوجود شيء من ذلك .. ويبقى الزرع للبائع الى اوانه ، والشجرة ، حتى نهايتها او قلعها ، ولا يستحق المشتري اجرة على ذلك ، لان الابقاء من مقتضيات العقد ، وقال صاحب الجواهر : « وليس لصاحب الشجرة غرس غيرها مكانها اذا سقطت » . واذا تجدد لها فروخ فهي لصاحب الشجرة ، لانها نماء ملكه .. اجل ،

لا يجب على مشتّري الارض بقاؤها في ملكه ، بل يجوز له قلعها ، لان العقد اقتضى بقاء الشجرة الأم فقط .

الدار :

يدخل في لفظ الدار البناء الاعلى والاسفل ، وما قام عليه من الارض مع العرصة والبئر والطريق والسلم والرفوف والابواب والمفاتيح ، وكل مثبت فيها .

البستان :

يدخل في لفظ البستان الشجر والارض ، والجدار المحيط به ، والماء والطريق وكل ما يتصل بالبستان ، ولا يتم الانتفاع الا به ، واختلف الفقهاء في البناء المعد للسكن الموجود في البستان ، فمن قائل بالدخول ، وآخر بالعدم .. والحق الرجوع فيه الى العادة التي تختلف بحسب البلدان ، فان لم تكن فلا يدخل ، لان البستان غير الدور والبيوت .

واذا كانت الثمرة موجودة على الشجر حين البيع فهي للبائع الا مع الشرط ، وان تجددت بعد العقد فهي للمشتّري اطلاقاً الا في النخل ، حيث قال الفقهاء : من باع نخلاً قد ابره [1] فثمره للبائع ، وان لم يوجد حين البيع الا مع الشرط ، وان باعه قبل التأبير فللمشتّري ، لقول الامام الصادق (ع) : قضى رسول الله (ص) ان ثمرة النخل للذي أبرها الا ان يشترط المبتاع .

ولو انتقل النخل بغير البيع كالهبة كانت الثمرة لمن انتقلت اليه العين ، حتى بعد التأبير اقتصاراً لما خالف الاصل على موضع النص . قال صاحب

---

١ – تأبير النخل تلقيحه بما هو معروف عند اهله ، ولا يحمل النخل الا بعد التلقيح .

الجواهر : « لا اجد فيه خلافاً » .

والحق ان العادة وحدها هي المحكّمة في كل ذلك ، حتى في دخول الدار في البستان ، وحتى تأبير النخل المنصوص عليه ، لان النص هنا يحمل على ان العادة كانت قائمة على ذلك في عهد الرسول الاعظم (ص).. وليس هذا اجتهاداً منا في قبال النص ، بل هو اجتهاد في استخراج المعنى من النص ، تماماً كالاجتهاد في ان المراد من يد الله قوة الله سبحانه ، لا هذه اليد المادية المحسوسة .

بيع الفضولي

يشترط في البائع ان يكون عاقلا بالغاً رشيداً ، وقاصداً بلا اكراه، ومالكاً ، او ولياً ، او وصياً ، او وكيلا ، وتقدم الكلام عن شرط البلوغ والعقل والقصد بلا اكراه ، ويأتي الكلام عن الرشد والولاية في باب الحجر ، وعن الوصي في باب الوصية [1] وعن الوكيل في باب الوكالة ، وخصصنا هذا الفصل للكلام عن الفضولي ، وما يتعلق به ، وقد فرع عليه الفقهاء فروعاً شتى ، وأطالوا في التفريع والتفصيل ، ولو حاول فقيه ان يجري عملية الاحصاء لمسائله المتراكمة ، كما جاءت في مكاسب الشيخ الانصاري ، وحواشيها والتعليقات عليها لبلغت العشرات، ويتلخص اكثرها بخاصة المهم منها في الفقرات التالية :

معنى الفضولي :

الفضولي مأخوذ من الفضول ، ولفظه جمع لفضل ، كفلوس جمع

---

١ – تكلمنا عن الوصاية والولاية والسفه عند فقهاء الامامية في كتاب الفصول الشرعية ، وكتاب الاحوال الشخصية على المذاهب الخمسة ، ولم نشر الى الدليل، وسنتعرض لها مع الدليل في الاجزاء الآتية من هذا الكتاب ان شاء الله .

لفلس ، ولكنه استعمل استعمال المفرد ، ثم نسب اليه على اعتباره مفرداً ، لا جمعاً . والفضولي في اللغة هو الذي يتعرض لما لا يعنيه ، وهذا المعنى اساس للمعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء ، حيث ارادوا به « الكامل الذي يتصرف تصرفاً غير مالك له » . والمراد بالكامل ان يكون الفضولي عاقلا بالغاً ، لأن كلا من المجنون والصبي لا تجوز تصرفاته عن نفسه ، فبالاولى عن غيره ، قال الشيخ الانصاري : « الفضولي ان يكون العاقد اهلا للعقد ، من حيث انه بالغ عاقل ، وان يكون المبيع قابلا للبيع ، ولا يفقد العقد شيئاً الا خلوه عن مقارنة اذن المالك » . ومثال ذلك ان يبيع العاقل البالغ ملك غيره دون اذنه ، او اذن وليه ، او وكيله ، او وصيه ، او يبيع مال نفسه الذي لا يملك التصرف فيه لرهن ، او تحجير عليه لسفه ، او فلس ، فاذا باع الراهن العين التي رهنها توقف النفاذ على الاجازة من المرتهن ، وكذا السفيه لا تنفذ تصرفاته المالية الا بإذن الولي ، ومثله المفلس الذي حجزت امواله لحساب الغرماء ، والمريض مرض الموت ، اذا تبرع بأكثر من الثلث .

نية الفضالة :

لا يشترط في الفضولي ان تنصرف نيته الى العمل لمصلحة الغير ، بل اذا اتجهت الى العمل لمصلحته ، ثم تبين ان عمله لمصلحة غيره يكون فضولياً ، فالعبرة في الفضولي ان لا يملك التصرف الذي قام به ، مهما كان الدافع ، وسيتضح ذلك من الأمثلة الآتية . قال صاحب الجواهر : « لا يعتبر في الفضولي قصد الفضولية قطعاً ، فمن باع شيئاً بعنوان انه ماله ، فبان انه مال غيره كان فضولياً » .

الرضا الواقعي :

اذا تصرف انسان في مال الغير ، دون اذن سابق ، ولكن صادف تصرفه هوى في نفس المالك ، فهل يجب على المالك ، والحال هذي ، ان يجيز المعاملة التي طابت لها نفسه ، بحيث يعد مسؤولاً امام الله سبحانه ان امتنع عن الاجازة ، او ان الخيار له ان شاء اجاز ، وان شاء رفض ؟ . وبالايجاز : هل الرضا الباطني تماماً كالاذن الصريح ؟ .

قال الشيخ الانصاري : « الذي يقوى في النفس لولا الخروج عن ظاهر الفقهاء — اي ان الفقهاء لا يعتدون بهذا الرضا — عدم التوقف على الاجازة اللاحقة ، بل يكفي الرضا المقرون بالعقد ، سواء انكشف الرضا بعد العقد ، ام لم ينكشف اصلاً ، فيجب على المالك فيما بينه وبين الله امضاء ما رضي به ، وترتب الآثار عليه ، لعموم وجوب الوفاء بالعقود ، وقوله تعالى : الا ان تكون تجارة عن تراض ، وقول الامام : لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس » .

والحق مع الفقهاء الذين لم يكتفوا بمجرد الرضا دون التعبير عنه ، قال الشيخ النائيني : « لا بد من الانشاء باللفظ او الفعل ، فلا الكراهية الباطنية رد ، ولا الرضا الباطني اجازة ، بل كل منهما يحتاج الى كاشف » . اما قوله تعالى : اوفوا بالعقود : وقوله عز من قائل : الا ان تكون تجارة عن تراض ، وقول الامام (ع) : الا عن طيب نفس: فانه خطاب موجه الى من له التصرف ، ولا يمت الى الفضولي بسبب قريب او بعيد .

محل الفضالة :

كل ما تصح فيه الوكالة تصح فيه الفضالة ، ولذا اتفق الفقهاء على

انها تجري في جميع العقود ، حتى الزواج والوقف ، بناء على ان نية القربة ليست شرطاً في صحته ، كما هو الحق . وايضاً تجري في الايقاعات ما عدا العتق والطلاق ، حيث ادعى كثير من الفقهاء وجود الاجماع على عدم جواز الفضالة فيها ، وانكر الشيخ محمد حسين الاصفهاني وجود الاجماع ، واجاز الفضالة في العتق والطلاق ، واستدل بأن كل الفقهاء او جلهم قالوا بصحة عتق الراهن للعبد المرهون متوقعاً فكه ، او اجازة المرتهن ، واذا جازت الفضالة في العتق جازت في غيره بطريق أولى .

والحق ان البحث فيما تصح فيه الفضالة ، وما لا تصح يتفرع عن البحث الآتي ، وهو ان الفضالة : هل هي على مقتضى القاعدة ، او على خلافها ، فان كانت على القواعد تحتم القول بأنها تصح في جميع العقود والايقاعات الا ما خرج بالدليل ، وان كانت على غير القاعدة تحتم القول بعدم صحتها الا ما خرج بالدليل ، ويأتي الكلام عن ذلك مفصلاً .

العين والذمة :

كما تجري الفضالة على العين الخارجية ، مثل بعتك دار زيد ، او اشتريت دارك لزيد تجري ايضاً على ما في الذمة مثمناً كان مثل بعتك طناً من الحنطة في ذمة زيد بدارك هذي ، او ثمناً مثل اشتريت دارك لزيد بألف ليرة في ذمته .. فاذا أجاز زيد البيع له في المثال الاول يثبت في ذمته طن الحنطة للمشتري ، كما انه اذا أجاز شراء الدار له يثبت في ذمته الف ليرة للبائع ، واذا رد ورفض بطل البيع والشراء من الاساس ، ولا يحق للطرف الثاني مطالبة الفضولي بشيء ، لأن عقد

الفضولي لا اثر له اطلاقاً مع عدم الاجازة .

الجهل بالفضالة :

اذا وقع العقد بين اثنين . وكان احدهما فضولياً ، ولكن الطرف الآخر كان يجهل الفضالة ، حيث لا قرينة تدل عليها ، كما لو قال المشتري : اشتريت هذه الدار بألف ، وهو يقصد الشراء لزيد ، ولكنه لم يصرح به ، فان اجاز زيد تم البيع بلا ريب ، وان رفض فهل يبطل البيع من الاساس ، بحيث لا يحق للبائع ان يطالب المتعاقد بشيء ، او ان له الحق ان يلزمه بتسليم الثمن واستلام المثمن ؟ .

نقل العلامة في التذكرة ان فقهاء المذهب اوجبوا الأخذ بظاهر العقد، وان المسؤول هو المشتري الذي أجرى العقد ، مع البائع . وايضاً نسب الشيخ الانصاري هذا القول الى جماعة من المحققين ، وهو الحق ، لأن قصد الشراء للغير لا اثر له اذا لم يعبر عنه بقول او فعل، بل يلغى قصد الغير ، ويقع العقد للمتعاقد بالذات ، لأن اثر العقد ينحصر بالمتعاقدين، ولا ينصرف الى غيرهما الا مع القرينة .

وتقول : على هذا يلزم ان يوجد العقد بلا قصد ، لأن من قصد له الشراء لم يرض به ، ومن باشر العقد لم يقصد الشراء لنفسه ، مع العلم بأن العقود تتبع القصود ؟ .

ونقول في الجواب : ان ظاهر العقد يدل على ان المتعـاقد قصد الشراء لنفسه ، وهو مأخوذ بهذا الظاهر ، حتى يثبت العكس ، امـا قوله : اني قصدت الشراء لزيد فلا يلتفت اليه ما دام لم يعلم به احد غيره ، فهو اشبه بمن أقر بحق لغيره ، ثم ادعى عدم قصد الاقرار ، وبكلمة ان جميع الدوافع النفسية التي لا يعلم بها الا صاحبها لا اثر لها اطلاقاً في جميع المعاملات .

من له المثمن فعليه الثمن :

قدمنا ان اثر العقد لا يتناول غير المتعاقدين الا مع القرينة ، وهنا سؤال ، وهو : هل يؤخذ بالقرينة اذا دلت على ان المثمن لشخص ، والثمن على شخص آخر ، كما لو قال : اشتريت هذا لزيد بدرهم في ذمتي ، او قال : اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة زيد ؟ .

قال الشيخ الانصاري : « المسألة تحتاج الى تأمل » . وعلق السيد اليزدي على ذلك بقوله : « والانصاف ان البطلان في الصورتين مقطوع به .. من حيث كونهما من الجمع بين المتنافيين » . ومعنى قوله هذا ان طبيعة العقد تستدعي ان يكون الثمن على من له المثمن ، فاذا جعل المثمن لشخص ، والثمن على غيره حصل التهافت والتناقض في كلام واحد ، واصبح لغواً لا اثر له .

النهي عن البيع :

اذا نهى صاحب المال عن بيع ماله ، ومع ذلك لم يعبأ الفضولي بالنهي ، واجرى البيع ، فهل يقع صحيحاً ، بحيث اذا رضي المالك واجاز نفذ العقد ، وأثر أثره ، او يقع العقد باطلا ، والاجازة لغواً ، لأنها بلا موضوع ؟ .

ذهب المشهور بشهادة الشيخ الانصاري الى ان النهي لا اثر له ، وان العقد صحيح ينفذ بالاجازة ، لأن الدليل الذي دل على صحة معاملة الفضولي لم يفرق بين سبق النهي وعدمه ، ومهما يكن ، فان النهي شيء عارض يذهب اثره بمجرد حصول الرضا والاجازة .

بيع الغاصب :

اذا افترض ان الغاصب باع العين التي اغتصبها قاصداً النيابة عن

مالكها كان ، والحال هذه فضولياً يصح بيعه ، وينفذ بالاجازة ، وهل يكون ايضاً فضولياً اذا لم يقصد المالك اطلاقاً ، بل قصد نفسه بالذات، حتى كأنه هو المالك الحقيقي ؟ .

ذهب المشهور الى ان بيع الغاصب من اقسام بيع الفضولي ، فاذا أجازه المالك انتقلت العين المغصوبة الى المشتري ، وثمنها الى المجيز . وقال البعض : كلا ، ان عقد الغاصب باطل من الاساس ، ولا تجدي الاجازة شيئاً ، لانتفاء موضوعها ، واستدل هذا البعض بأدلة :

« منها » قول الامام (ع) : لا تبع ما ليس عندك ، وقوله : لا بيع الا في ملك .

واجاب المشهور القائلون بالصحة ان هذا ينفي وقوع البيع لغير مالك العين ، ولا ينفي وقوعه لمالك العين اذا رضي واجاز ، كما هو الفرض .

و « منها » ان الغاصب انشأ البيع قاصداً به نفسه ، دون المالك ، وبديهة ان المالك اذا أجاز فانما يجيز البيع لنفسه ، لا للغاصب ، وعلى هذا يكون الذي اجازه المالك – وهو البيع لنفسه – غير مقصود، والمقصود – وهو البيع للغاصب – لم تتعلق به الاجازة .

واجاب عنه القائلون بالصحة ان حقيقة البيع هي مبادلة مال بمال ، كائناً من كان صاحب المال ، فمتى تحقق قصد المبادلة تم العقد ، سواء أُقصد المالك الحقيقي ، او قُصد غيره ، او لم يُقصد احد على الاطلاق، لأن هذا القصد ليس من حقيقة البيع ، ولا من شروطه في شيء ، وعلى هذا فلا أثر لقصد الغاصب تملك العين المغصوبة ، ولا لتنزيل نفسه منزلة المالك ، وانما الأثر لقصد المعاوضة والمبادلة بين المالين ، والاجازة تتعلق بهذا القصد ، لا بما اراده الغاصب ، وهدف اليه من المبادلة ، وهذا معنى قول السيد اليزدي : « ان حقيقة البيع ليس الا مبادلة مال بمال من غير نظر الى انه لنفسه او لغيره ، وهذا المعنى موجود في بيع

الغاصب ، وقصدُ انه لنفسه خارج عن حقيقة البيع .

وليس من شك ان الغاصب اذا سلط غيره بالبيع ، او بغيره على العين التي اغتصبها فان لمالكها تمام الحق ان يدعها في يد من أخذها من الغاصب بأية وسيلة اراد ، ولكن الغاصب في الحقيقة لا بقصد البيع لنفسه، ولا لغيره ، ولا يهمه شيء الا الحصول على المال بكل سبيل ، كما هو شأن اللصوص الا ان الفقهاء افترضوا بالغاصب انه يقصد البيع لنفسه ، ثم اخذوا بالتأويل والتفريع على شيء لا وجود له ، ومهما يكن ، فان الكثير من مسائل الفقه افتراضية .

عقد الفضولي وفق القاعدة :

سبق ان عرّفنا الفضولي ، واشرنا الى بعض ما خفي من افراده ومصاديقه ، ونذكر الآن ما ذهب اليه المشهور من صحة معاملته ، ومنها يتبين الضعف في قول من قال بعدم صحتها .

وقبل ان نستعرض النصوص الخاصة بالفضولي ينبغي ان نحقق : هل القاعدة تستدعي صحة الفضالة بما هي بحيث يكون تصرف الفضولي صحيحاً في كل شيء ، ويترتب الأثر عليه بمجرد الاجازة ، سواء أكان بيعاً ، او هبة ، او زواجاً ، او طلاقاً ، وما الى ذاك الا ما خرج بالدليل ، او ان القاعدة تقتضي بطلان الفضالة ، بحيث لا تجدي الاجازة نفعاً الا ما خرج بالدليل . وبتقريب ثانٍ : هل يمكن ان يصدر عقد انشائي صحيح ممن لا يملك حق التصرف ، بحيث لا يحتاج العمل بموجبه الا الى الاجازة ، او ان هذا العقد لا يمكن صدوره الا من المالك ، او المأذون ، كالولي والوصي والوكيل ؟ .

وعلى الأول ، وهو امكان انشاء العقد من غير مالك التصرف يجب ان نحكم بصحة المعاملات التي يجريها الفضولي بشتى انواعها الا اذا ثبت

بآية او رواية ، او اجماع ببطلان معاملته في مورد خاص ، كالعتق والطلاق ، اما اذا كان العقد الانشائي مختص بمالك التصرف فقط فيجب الحكم ببطلان معاملة الفضولي اطلاقاً الا اذا ثبت بالدليل صحتها في مورد خاص ، كالبيع .

والحق ما ذهب اليه المشهور من ان عقد الفضولي على وفق القاعدة، لأن العاقد عاقل بالغ ، والمحل قابل للتمليك والتملك ، اما خلو العقد عن اذن المالك فلا يوجب نفي اسم العقد والبيع عنه ، اجل ، ان الرضا شرط لنفاذ العقد لا لإنشائه .

جاء في المجلد الخامس من كتاب الحدائق : « احتج الفقهاء لصحة الفضولي بأنه بيع صدر من أهله في محله فكان صحيحاً ، اما انه من اهله فلصدوره من بالغ عاقل مختار ، ومن جمع هذه الصفات كان اهلاً للايقاعات ، واما صدوره في محله فلانه وقع على عين يصح تملكها ، وينتفع بها ، وتقبل النقل من البائع الى آخر ، واما الصحة فلثبوت المقتضي السالم عن المعارضة ، اما كون الشيء غير مملوك للعاقد فلا يمنع من صحة العقد ، فان المالك لو أذن قبل البيع لصح ، فكذلك بعده ، لعدم الفرق بينهما » .

وقال صاحب الجواهر : « المنسوب الى علمائنا ان عقد الفضولي صحيح ، لاندراجه بعد الرضا بالبيع مثلاً ، والعقد ، والتجارة عن تراض ، فيشمله ما دل على الصحة واللزوم من الكتاب والسنة والاجماع ضرورة عدم توقف صدق اسمائها — اي اسماء البيع والعقد والتجارة — على صدور اللفظ من غير الفضولي .. ولا شيء في الأدلة ما يدل على اعتبار سبق الرضا ، او مقارنته » .

واذا كان عقد الفضولي على وفق القواعد الكلية والأدلة العامة فلا يحتاج القائل بصحته الى دليل خاص ، ومع ذلك استدل المشهور بأدلة نذكر منها رواية عروة البارقي لاشتهارها ، واستدلال الفقهاء بها منذ

عهد الشيخ الطوسي (ت ٤٦٠ هـ) الى اليوم .

روي ان النبي (ص) أعطى عروة البارقي ديناراً ، ليشتري شاة ، فاشترى به شاتين ، ثم باع في الطريق احداهما بدينار ، ولما أتى النبي (ص) واخبره قال له : بارك الله تعالى لك في صفقة يمينك .

ووجه الاستدلال ان النبي (ص) اذن لعروة بشراء شاة ، ولم يأذن له ببيع ما يشتريه ، فيكون بيعه الشاة ، والحال هذه ، فضولياً ، اما شراء الشاتين بالدينار فليس من الفضالة في شيء ، لأن الرضا بشراء شاة واحدة بدينار يدل بالفحوى وطريق أولى على الرضا بشراء شاتين به ، وعليه يكون العقد مقترناً بالرضا ، ويختص محل الشاهد في الرواية ببيع الشاة بدينار ، فانه من اوضح افراد الفضولي ، وتبريك النبي (ص) للصفقة اجازة صريحة ، تكشف عن الرضا وللموافقة .

شروط المجيز :

المراد من المجيز في كلمات الفقهاء مالك التصرف الذي وقع العمل نيابة عنه ، سواء أكان مالكاً حقيقياً ، او ولياً ، او وصياً ، او وكيلا ، او حاكماً ، او عدول المسلمين الذين هم اولياء الحسبة ، وليس من شك ولا اختلاف في ان المجيز يجب ان تتوافر فيه حين الاجازة جميع الشروط المعتبرة لابرام العقد والبلوغ والرشد ، والصحة في التصرفات التي يشترط فيها الخلو من مرض الموت ، وهذه الحقيقة لا تحتاج الى دليل ، ولا يعقل ان تكون محلا للاختلاف ، لأنها تحمل قياسها معها .

واختلف الفقهاء : هل يجب ايضاً ان يكون المجيز اهلا لابرام العقد حين انشائه وصدوره من الفضولي ، تماماً كما يجب ان يكون حين الاجازة ، او يكفي ان يكون تام الاهلية حين الاجازة فقط ، اما حين انشاء العقد فلا يشترط ذلك . وتظهر النتيجة فيما اذا باع الفضولي مال

المجنون ، او الصغير ، او السفيه ، او مات المالك قبل ان يجيز البيع او يرفضه .. فعلى الأول يقع عقد الفضولي لغواً اذا كان المجيز على وصف من هذه الاوصاف حين انشاء العقد ، ولا تجدي اجازة الصبي شيئاً بعد بلوغه ، والمجنون بعد افاقته ، والسفيه بعد رشده ، والوارث بعد موت مورثه ؛ وعلى الثاني يصح العقد والاجازة بعد زوال المانع ، وتترتب على العقد جميع آثاره الشرعية .

وللفقهاء في ذلك قولان اقواهما الاكتفاء بتوافر الشروط حين الاجازة، سواء توافرت ايضاً حين انشاء العقد ، او لم تتوافر ، لأن الدليل الذي دل على صحة عقد الفضولي مطلق وغير مقيد بوجود مجيز كامل الاهلية، هذا ، الى ان العبرة في ترتيب الآثار بالاجازة ، وسبق ان المجيز لا بد ان يكون اهلا للابرام والالتزام في حين الاجازة . وعلى هذا اذا وقع العقد فضالة عن المجنون والصغير يصح ويتوقف النفاذ على اجازة الولي ، او اجازتهما بعد العقل والبلوغ ، قال الشيخ الاصفهاني في حاشية المكاسب : ان العقد صدر من العاقل والبالغ ، ولكن صادف صدوره حال صغر المالك ، او جنونه ، وهذه المصادفة لا تمنع العقد بما هو عقد عن الصحة ما دام صادراً عن عاقل بالغ ، ثم ذكر الفقهاء هنا مسائل، منها:

بيع الراهن :

١ – ان يبيع الراهن العين التي رهنها ، ثم يفك الرهن من المرتهن، وقد أفتوا بصحة البيع ، ونفاذه بلا اجازة ، لأن الاجازة انما تعتبر اذا كان المانع من النفاذ عدم التعبير عن الرضا وطيب النفس ، والمفروض ان الراهن عبّر عن رضاه بانشاء العقد ، فينحصر المانع – اذن – بوجود الرهن ، وتعلق حق المرتهن بالعين المرهونة، فاذا فك الرهن زال المانع ، ونفذ العقد ، وبالايجاز ان تصرفات الراهن في العين المرهونة تكون

صحيحة ونافذة اذا اعقبها فك الرهن ، بحيث لم يبقَ للمرتهن أية سلطة على العين .

بيع السفيه :

٢ ــ ان يبيع السفيه بعض ما يملك بلا اذن الولي ، ثم يزول السفه، ويرتفع الحجر ، وقد افتوا بصحة البيع ، ولكن مع الاجازة من نفس المالك الذي أجرى العقد بعد ان صار رشيداً ، والفرق بين عقد الراهن الذي لا يحتاج الى اجازة ، وبين عقد السفيه الذي يحتاج اليها ان المانع من الأخذ بعقد السفيه هو عدم الاجازة ، اذ لا يعتد برضاه اطلاقاً ، بل ينفذ العقد ، حتى ولو كان له كارهاً ، بخلاف عقد الراهن فان المانع من الأخذ به وجود الرهن ، اما رضاه فلا بد منه ، وله كل الأثر في نفاذ العقد ، وترتب احكامه عليه .

من باع شيئاً ثم ملكه :

٣ ــ ان يبيع مال الغير ، ثم يملكه بأرث او شراء ، فيصح البيع ، ولكن يتوقف على اجازته بعد تملكه للعين المبيعة ، اما الصحة فلأن الدليل الذي دل على صحة عقد الفضولي غير مقيد باتحاد المالك ولا بتعدده ، واما الاحتياج الى الاجازة فلان البائع لم يكن اهلاً لابرام العقد حين انشائه .

الاعتقاد والواقع :

٤ ــ ان يبيع العين معتقداً انه لا يملك التصرف بها ، فيتبين العكس،

كالولي يبيع مال الطفل او المجنون او السفيه ، وهو جاهل بالولاية ، او الوكيل يبيع العين عن الموكل ناسياً الوكالة ، او الابن يبيع مال ابيه بظن انه حي ، فتبين انه ميت ، ويصح البيع ، ويلزم في الجميع دون الاحتياج الى الاجازة ، لأن صحة العقد ولزومه لا بد فيه من امرين : القصد الى معناه ، والرضا به من المالك ، والاول شرط للصحة ، والثاني للزوم ، وكلاهما متحقق في الجميع ، هذا ، الى ان الاعتقاد بعدم الملك او الولاية او الوكالة لا يغير الواقع عن واقعه ، ولا يخرج الأدلة المطلقة عن اطلاقها ، فسلطنة المالك والولي والوكيل تبقى على ما هي ، وتنطبق عليها أدلة السلطنة ، حتى مع الذهول عنها ، او اعتقاد عدمها ، وتقدم ان قصد من له البيع او الشراء اجنبي عن حقيقة العقد .

المجاز :

سبق ان المجيز – وهو مالك التصرف – لا يشترط ان يكون تام الأهلية حين انشاء العقد ، وصدوره من الفضولي ، وانما يشترط ان يكون اهلاً لابرام العقد حين الاجازة فقط ، والآن نتكلم عن محل الاجازة ، وهو العقد الذي تعلقت به . وبديهة ان الاجازة ليست جزءاً من العقد ، ولا شرطاً لانشائه ، وانما هي شرط لتأثيره ، وبلفظ آخر ان الشروط على نوعين ، منها شرط لصحة العقد ، ومنها شرط للزوم العقد ، والعمل بمستلزماته ، والاجازة شرط للزوم لا للصحة .

والشروط التي يجب توافرها في عقد الفضولي الذي تتعلق به الاجازة، والذي عبرنا عنه بالمجاز هي نفس الشروط التي يجب توافرها في صحة عقد الاصيل من تطابق الايجاب والقبول على شيء واحد ، وصراحتها في التعبير عن الارادة، ومن اهلية المتعاقد بالعقل والبلوغ والرشد، ومن

قابلية العوضين للتمليك ، وعلم المتعاقدين بهما ، وما الى ذلك ما عدا رضا المالك . اجل ، هناك شروط لا تتصل بانشاء العقد بما هو عقد، بل تأتي في مرتبة متأخرة عنه ، وذلك مثل القدرة الفعليـة على تسليم المبيع ، فانها ليست شرطاً في انشاء العقد ، ولا في صحة الاجازة ، فلو باع زيد – مثلا – طناً من الحنطة في ذمة زيد ، على ان يكون القبض بعد ثلاثة اشهر يصح البيع ، وينفذ اذا اجاز زيد ، حتى مع العجز عن التسليم عند الاجازة ، حيث يكتفى بوجود القدرة حين القبض، اي ان الشرط امكان التسليم في حينه .

الاجازة واحكامها

معناها :

بعد ان تكلمنا عن المجيز والمجاز نتكلم الآن عن الاجازة ، وهي التعبير عن الرضا بعقد الفضولي وامضائه بقول او كتابة او فعل ، فلا يعتد بالرضا الواقعي ما لم يعبر عنه ، قال صاحب الجواهر : « اما الاجازة ممن هي له فلا يكفي فيها السكوت مع العلم فضلاً عن الجهل ، بل ولا مع حضور العقد عند علمائنا ، واكثر اهل العلم ، اما الاكتفاء من البكر بالسكوت في الزواج فللقرينة » اي ان سكوت البكر يعد اجازة منها للعقد ، عند العرف ، لان الحياء يمنعها من النطق.

وبديهة ان القول اوضح اساليب التعبير عن القصد وافضلها ، والكتابة اسلوب من اساليبه المتبعة عرفاً ، وكذلك الفعل ، كقبض المالك الثمن والتصرف فيه ، ونحو ذلك .

الاجازة والسلطة :

قال الشيخ الانصاري : « الاجازة من آثار سلطنة المالك على ماله ..

فقولنا : له ان يجيز مثل قولنا له ان يبيع ، كلاهما راجع الى ان له ان يتصرف ، ولو مات المالك لم يورث الاجازة ، وانما يورث المال الذي عقد عليه الفضولي ، فله ان يجيز بناء على جواز مغايرة المجيز والمالك حين العقد » .

وقال السيد اليزدي معلقاً على ذلك : « يعني ان جواز الاجازة ليس من الحقوق – حتى تورث – بل هو من الاحكام الشرعية ، فلا يتعلق به الارث ، لان الحكم لا يورث – ثم قال – ان معنى كل من الحق والحكم معلوم ، ولكن تشخيص افرادهما وتمييز مواردهما في غاية الاشكال ، ولذا حكي عن بعض الفقهاء ان ذلك يميزه النبيه بذوقه ، وليس له معيار كلي » .

شروط تأثير الاجازة :

اذا تحققت الاجازة بشروطها المطلوبة اخذ العقد آثاره ، تماماً كما لو صدر عن الاصيل ، وهذه الشروط ، منها متفق عليه بين الفقهاء ، ومنها مختلف فيه ، وفيما يلي التفصيل :

١ – اتفقت كلمة فقهاء المذهب على ان الاجازة لا تصح الا ممن هو اهل لابرام العقد . وتقدمت الاشارة الى ذلك .

٢ – اتفقوا ايضاً على انه يعتبر في تأثير الاجازة علم المجيز بركني العقد مفصلاً ، تماماً كما يشترط علم المتعاقدين بهما ، وبكلمة : ان حكم الاجازة هو حكم البيع ابتداء .

٣ – اتفقوا على ان الاجازة يجب ان تكون موافقة للعقد المجاز في المثمن والثمن ، لانهما ركنا العقد ، فاذا باع الفضولي دار زيد فلا معنى

لاجازة بيع البستان ، واذا باع بألف فلا معنى لاجازة البيع بألفين ، اما اذا باع الفضولي دار زيد وبستانه معاً بألفين فاجاز زيد بيع الدار فقط بألف قال الشيخ الانصاري : « الاقوى الجواز ، وللمشتري خيار تبعيض الصفقة – يأتي الكلام عن هذا الخيار في بابه ان شاء الله – ومثله ايضاً اذا باع لزيد وعمرو ، فاجاز بيع احدهما دون الآخر . »

ولو باع الفضولي بشرط ، فاجاز المالك البيع مجرداً عن الشرط يُنظر فان كان الشرط قيداً للمبيع ومن صفاته ، كما لو باعه ثوباً بشرط ان يكون من صنع الوطن ، واجاز المالك البيع دون هذا الشرط.. ان كان كذلك سقطت الاجازة ، لان المبيع شيء ، وتعلقت الاجازة بشيء آخر.. وخيار التبعيض هنا غير ممكن ، لوحدة الموضوع ، وان لم يكن الشرط قيداً للمبيع ، بل كان خارجاً عنه ، كما لو باع الفضولي هذا الثوب بشرط ان يخيطه المالك ، فاجاز المالك البيع دون الخياطة .. ان كان كذلك صح البيع والاجازة ، وقسط الثمن بالنسبة ، وثبت للمشتري خيار التبعيض ، لتعدد الموضوع ، ويعبر الفقهاء عن هذا النوع بانه التزام في ضمن التزام ، كما يعبرون عنه ايضاً بتعدد المطلوب .

٤ – اختلفوا : هل يشترط في تأثير الاجازة ان لا يسبقها الرد من المالك ، بحيث اذا رد ، ثم اجاز تقع الاجازة لغواً ؟.

ذهب الشيخ الانصاري الى وجوب هذا الشرط ، لان الرد في نظره إبطال للعقد ، والباطل لا يقبل الاجازة ، وادعى صاحب « بلغة الفقيه » الاجماع على ذلك .

وقال جماعة من الفقهاء ، منهم السيد اليزدي ، والشيخ الاصفهاني في حاشيتيهما على المكاسب ، والسيد الحكيم في نهج الفقاهة ، قالوا : ان الرد من المالك لا يبطل عقد الفضولي ، ولا يمنع من الاجازة وتأثيرها ، وذلك ان الذي يبطل العقد هو عدول الموجب عن ايجابه قبل قبول

القابل ، اما القابل فله ان يرد ، ثم يقبل بعد الرد ، ما دام الايجاب قائماً ، واذا صح هذا بالقياس الى القابل صح بالنسبة الى المجيز بطريق اولى .

واستدلوا بما رواه محمد بن قيس عن الامام الباقر (ع) ان امير المؤمنين عليا (ع) قضى في وليدة باعها ابن سيدها ، وابوه غائب ، فاستولدها الذي اشتراها ، فولدت منه ، ولما جاء سيدها الاول خاصم الثاني الى امير المؤمنين ، وقال : وليدتي باعها ابني بغير اذني ، فقال الامام (ع) : الحكم ان يأخذ الاول وليدته وابنها ، فناشده الثاني ، فقال له الامام (ع) : خذ ابنه الذي باعك الوليدة ، حتى ينفذ البيع لك ، فلما رآه ابوه قال : ارسل ابني . قال : لا والله لا ارسل ابنك ، حتى ترسل ابني ، فلما رأى ذلك اجاز البيع .

وقد اعترف الشيخ الانصاري بصحة هذه الرواية . وظهورها بصحة الاجازة بعد البيع ، ولكنه قال : «ان هذا الظاهر مطروح ، او مؤول» .. ولم ار وجهاً للطرح او التأويل الا قيام الاجماع على ان الاجازة لا اثر لها ما بعد الرد ، وهو غير قائم ، ولا موجود ، وعلى افتراض وجوده فليس بحجة ، لان الاجماع عند الامامية انما يكون حجة متبعة اذا كشف يقينا عن رأي المعصوم ، ومعنى هذا انه اذا احتملنا ان المجمعين استندوا الى آية او رواية ، او قاعدة يسقط اجماعهم عن الاعتبار .. بداهة ان العلم بالكشف عن رأي المعصوم لا يجتمع مع احتمال العكس ، ونحن نظن او نحتمل — ان لم نعلم — ان المجمعين استندوا في حكمهم بعدم صحة الاجازة الى الظن بان عقد الفضولي يبطل مع الرد ، وبكلمة : ان مجرد الشك في ان الاجماع يكشف عن رأي المعصوم يسقطه من الاساس ، ويجعل وجوده وعدمه سواء ، ومن هنا لم يبق للاجماع عند الشيعة الامامية من مورد ، اللهم الا اذا بلغ الحكم المجمع عليه من البداهة حد الضرورة الدينية ، كوجوب الصوم والصلاة ، ومعها لا حاجة اليه ، ولا الى غيره

من الادلة ، لان الدليل تفتقر اليه النظريات لا البديهيات .

٥ — هل يجب على من له حق الاجازة ان يجيز او يرد فوراً ، ولا يجوز له التأخير اذا علم بعقد الفضولي ؟. ثم اذا ماطل ، ولم يجز او يرد ، حتى تضرر الاصيل الذي اجرى العقد مع الفضولي فما هو الحكم ؟.

الجواب :

لا دليل على وجوب الفور وسرعة المبادرة الى الاجازة او الرد ، بل الدليل الموجود يدل على العكس ، فان الظاهر من رواية محمد بن قيس المتقدمة ان الاجازة جاءت بعد الخصومة والمرافعة ، بل لا دليل على وجوب الاجازة او الرد من الاساس ، لان عقد الفضولي لا يوجب حقاً للاصيل على المالك ، ولا يلزمه بشيء — نريد بالاصيل الطرف الذي اجرى العقد مع الفضولي — بل له العدول عن العقد قبل ان يجيز المالك ، كما قال السيد اليزدي ، والشيخ الاصفهاني ، وعلى افتراض لزوم العقد على الاصيل ، كما يظهر من عبارة الشيخ الانصاري، فان له حق الخيار في الفسخ دفعاً للضرر .

القبض واجازة العقد :

ليس من شك ان اجازة العقد شيء ، والاذن بقبض الثمن او المثمن شيء آخر ، فاذا باع الفضولي مال الغير ، واجاز المالك ، فان هذه الاجازة لا تستدعي الاذن للفضولي بقبض الثمن ، بل يحتاج القبض الى اذن مستقل عن الاجازة . ولو دفع المشتري الثمن للفضولي تبقى ذمته مشغولة به ، ويكون هو مسئولاً عنه امام المالك . وكذا لو اشترى الفضولي لغيره ، واجاز من له الشراء ، فانه لا يجوز للبائع ان يسلم المبيع للفضولي

الا باذن المجيز ، وبالاجمال ان اجازة العقد لا تدل على الاذن بالقبض من قريب ولا بعيد .

هل الاجازة كاشفة او ناقلة ؟

سبق ان محل الاجازة هو العقد ، وان العقد معها تتبعه جميع آثاره ومستلزماته باجماع القائلين بصحة عقد الفضولي ، واختلفوا في زمن هذه الآثار ومبدأ حدوثها واسنادها الى العقد : هل تترتب عليه ، وتسند اليه من حين انشائه وصدوره من الفضولي ، بحيث تكون الاجازة اللاحقة تماماً كالوكالة السابقة ، وتسمى الاجازة في هذه الحال كاشفة ، لانها تكشف عن ملك سابق الثبوت والتحقق ، او ان الاجازة ناقلة للملك من حينها لا من حين العقد ، تماماً كما لو جرى العقد في ظرفها ؟.

ذهب المشهور الى ان الاجازة كاشفة لا ناقلة ، وقال جماعة منهم السيد اليزدي : بل هي ناقلة لا كاشفة .

ولا بأس بالاشارة الى معاني الكشف ، كما جاءت في كتاب المكاسب وحواشيه .. المعنى الاول : ان الاجازة تكشف عن ان العقد المجاز كان سبباً تاماً لترتب الآثار عليه . الثاني : الكشف التقديري ، اي ان الاجازة تكشف ان المالك لو علم بعقد الفضولي لرضي به « فلو » هذه مقارنة للعقد منذ وجوده . الثالث : الكشف الانقلابي ، على حد تعبيرهم ، وفسروه بان الاجازة تكشف عن ان العقد تحول وصار مؤثراً من الاول . الرابع : الكشف الحكمي او التنزيلي بمعنى ان الاجازة تكشف عن وجود الملك حين العقد حكماً او تنزيلاً لا حقيقة وواقعاً ، فالملك الحقيقي يحدث عند الاجازة ، ولكن آثاره تحدث عند العقد بالنظر الى وجوده آنذاك حكماً . الخامس : ان تكون الاجازة شرطاً متأخراً يؤثر فيما قبله ، اما

نوع هـذا التأثير فهو الالتزام بآثار العقد منذ صدوره . وقال السيد اليزدي : « وهذا ظاهر المشهور ، واختاره في الجواهر صريحاً » .

اما الدليل على الكشف فهو ان اجازة العقد ليس معناها اجازة اللفظ مجرداً عن آثاره ، والا لم يجب الوفاء بالعقد ، لان ما لا اثر له لا وفاء له ، وعقد الفضولي له آثاره ، ولكن لا يجب الوفاء بها لعدم الرضا ، فاذا رضي المالك واجاز تصبح لازمة له من حين صدوره ، فيكون الرضا شرطاً متأخراً ، وتأخره لا يضر اطلاقاً ، لان امتناع تأخر الشرط عن المشروط ، والعلة عن المعلول .. انما هو في الاشياء الطبيعية ، والعلل الحقيقية ، اما في الاعتبارات الشرعية والعرفية فلا مانع من ذلك . وبتعبير آخر : « ان معنى الاجازة هو الرضا بمضمون العقد ، وليس مضمونه الا انشاء نقل العوضين من حينه » .

الثمرة بين الكشف والنقل :

ذكر الفقهاء ثمرات للفرق بين النقـل ، وبين الكشف بالمعنى الذي ذهب اليه المشهور ، منها :

١ — ان النماء المنفصل لكل من المثمن والثمن ، والحاصل بين العقد والاجازة يكون للمنتقل اليه دون المنتقل عنه ، على القول بالكشف ، وبالعكس على القول بالنقل .. اجل ، هناك آثار تترتب على نوع خاص من الملك ، كما لو كان المشتري قد نذر انه اذا ملك هذه العين يفعل كذا ، فان النذر ينصرف الى غير ما ملكه بالعقد الفضولي قبل الاجازة ، وكذا النظر الى المرأة المعقود عليها فضالة فانه اثر لغير العقد الفضولي ، حتى ولو حصل العلم بان الاجازة ستقع حتماً .

٢ — على القول بالكشف يجوز للطرف الاصيل الذي انتقلت اليه

العين ان يتصرف بها اذا علم بان الاجازة ستقع حتماً ، وان كان على شك منها فيمنع من التصرف بها ، لان الاصل عدم وقوع الاجازة ، اما على القول بالنقل فلا يجوز له التصرف بالعين اطلاقاً ، حتى مع العلم بأن المالك سيجيز .

٣ – على الكشف لا يجوز للاصيل الذي اجرى العقد مع الفضولي ان يفسخ العقد ، ويعدل عنه قبل الاجازة ، وعلى النقل يجوز له ذلك .

٤ – لو عقد الفضولي زواج امرأة على رجل حرمت على هذا الرجل اخت المعقود عليها على القول بالكشف ، لثبوت المصاهرة من طرفه ، ولا تحرم على القول بالنقل ، ويكون عقد الرجل على الاخت عدولاً عن عقده الذي اجراه مع الفضولي .

٥ – لو مات الاصيل الذي اجرى العقد مع الفضولي قبل الاجازة تنتقل العين التي جرى عليها العقد الى الورثة باجازة المالك ، على القول بالكشف ، ويبطل العقد على القول بالنقل ، ولا يبقى للاجازة من موضوع .

٦ – اذا تعلقت الزكاة بالعين في الزمن المتخلل بين العقد والاجازة فيجب اخراجها على من انتقلت اليه ، على القول بالكشف ، وعلى من انتقلت منه ، على النقل .

٧ – اذا حدث عيب بالعين في الفترة بين العقد والاجازة فلا يثبت خيار الرد بالعيب لمن انتقلت اليه ، ان قلنا بالكشف ، لان العيب حدث في ملكه ، ويثبت له الخيار ، ان قلنا بالنقل ، لانه حدث في ملك من انتقلت عنه .

٨ – تحسب الايام الثلاثة في خيار الحيـوان من حين العقد ، على الكشف ، ومن حين الاجازة على النقل .

٩ ـ اذا كانت عين شراكة بين زيد وعمرو ، وباع الفضولي سهم زيد ، ثم باع عمرو سهمه لآخر ، ثم اجاز زيد بيع الفضولي تكون الشفعة حقاً لمن اشترى من الفضولي ، على الكشف ، ولزيد على النقل .

١٠ ـ اذا اشترى الاصيل عينا من الفضولي ، ثم باعها قبل الاجازة من آخر يصح هذا البيع على الكشف ، لانه ، والحال هذه ، بيع في ملك ، ولا يصح على النقل ، لانه بيع في غير ملك .

الرد واحكامه

معنى الرد :

الرد هو التعبير عن عدم الرضا بعقد الفضولي ، على عكس الاجازة تماماً ، وليس السكوت والتردد بشيء هنا وهناك . وبديهة ان الراد يعتبر فيه ما يعتبر في المجيز ، لان كل من له الاجازة له الرد ، وبالعكس ، كما يعتبر ان يكون العقد قابلاً للتأثير ، والا كان اشبه بالمولود ميتاً .

ويتحقق الرد بكل ما دل عليه من قول او كتابة او فعل ، وقد اطال الشيخ الانصاري الكلام في الفعل والتصرف الحادث بعد عقد الفضولي ، وقبل الاجازة ، وقسمه الى تصرف مناف لتأثير العقد ، بحيث لا يبقى معه موضوع للاجازة ولا للرد ، وتصرف غير مناف للتأثير ، بل يمكن معه الاجازة والرد . وفيما يلي التلخيص والعرض :

التصرف المنافي :

اذا باع الفضولي شاة لغيره – مثلاً – فذبحها المالك وأكلها ، او تلفت بآفة سماوية قبل الاجازة ، اذا كان كذلك ، ذهب العقد بذهاب

موضوعه ، لان الاجازة والرد انما يردان على شيء موجود ، اما المعدوم فلا يعقل رده ولا اجازته ، سواء أقلنا بالكشف او النقل ، ومثله تماماً من حيث الحكم لو نقلها المالك عن ملكه ببيع او هبة عند الشيخ الانصاري ، والشيخ النائيني ، والسيد الحكيم ، لان المالك ، والحال هذه ، يصير اجنبياً عن العين المباعة ، ولا تنتقل الإجازة من المالك الى من اشترى من الفضولي ، لان هذا التصرف يبطل العقد بطلاناً مطلقاً ، فلا يبقى محل للاجازة او الرد . قال الشيخ الانصاري : « وكذا يحصل الرد بكل فعل مخرج له عن ملكه بالنقل او الاتلاف ، وشبههما [1] كالعتق والبيع والهبة والتزويج ، ونحو ذلك ، والوجه ان تصرّفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الاجازة لغرض خروجه عن ملكه » .

التصرف غير المزيل للملك :

اذا تصرف المالك قبل الاجازة تصرفاً غير مزيل للملك ، كما لو رهن ، او أجر ، او عرض للبيع العين التي باعها الفضولي ، فهل يكون هذا التصرف منافياً للعقد ، ومبطلاً له ، بحيث لا تصح معه الاجازة ، ولا يكون للرد من معنى ، لانه من باب رد المردود ، وابطال الباطل ؟.

الجواب :

ان المعيار الكلي لمحل الاجازة والرد هو ان كل مورد يصح فيه البيع يكون محلاً للاجازة والرد ، وكل مورد لا يصح البيع فيه لا يكون محلاً لهما . والعين المرهونة لا يصح بيعها ، لان المبيع يجب ان يكون ملكاً

١ – شبه النقل والاتلاف هو التزويج ، كما لو زوج الفضولي امرأة من رجل ، فزوجت هي نفسها من آخر .

طلقاً ، كما يأتي في شروط المبيع ، وعليه يكون الرهن مبطلاً لعقد الفضولي ، تماماً كالبيع .

اما لو اجر المالك العين فان الاجارة لا تبطل عقد الفضولي ، بل يبقى محلاً للاجازة والرد ، لأن الايجار لا يخرج العين عن ملك صاحبها ، كما هو شأن البيع ، ولا يجعل الملك مقيداً ، كما هي الحال في الرهن . فاذا اجر المالك العين ، ثم اجاز عقد الفضولي صحت الاجازة ، وتم البيع ، وللمشتري الحق في ان يمضي الايجار لحسابه ، او يفسخه ، لان اجازة العقد قد كشفت ان الاجارة وقعت في ملكه فضالة عنه .

اما اذا عرض المالك العين للبيع قبل الاجازة او الرد بالقول الصريح فينظر : فان كان المالك عالماً بعقد الفضولي ومتنبهاً له حين العرض كان ذلك رداً للعقد ، والا فلا اثر للعرض اطلاقاً ، لانه بلا التفات لا يعبر عن الرد .

المالك والمشتري :

الفضولي معلوم ، وهو الذي يتدخل في شئون الغير تطفلاً ، والمراد منه هنا من باع مال غيره بلا اذن ، والمشتري هو الطرف الذي اشترى العين منه ، والمالك هو صاحبها ، فاذا رد المالك العقد اصبح وجوده كعدمه ، وبطلت جميع التصرفات المتفرعة عنه ، فان كان المشتري قبض المبيع بعقد الفضولي وجب عليه اعادته بجميع فوائده ومنافعه ، وان لم يفعل فللمالك انتزاعه منه ، وتغريمه جميع ما استوفاه من المنافع ، لان المفروض بقاء العين على ملك مالكها الاول . وقد سئل الامام الصادق (ع) عن رجل اشترى جارية من السوق ، فاولدها ، ثم يجيء مستحق الجارية — اي صاحبها — فقال الامام (ع) : يأخذ الجارية المستحق ، ويدفع اليه المبتاع — اي المشتري — قيمة الولد ، ويرجع على من باعه بثمن

الجارية ، وقيمة الولد التي اخذت منه .

المشتري والفضولي :

اذا رجع المالك على المشتري ، واسترد العين منه ، ان كانت قائمة ، او عوضها ان كانت هالكة ، فهل للمشتري الحق في الرجوع على الفضولي بما دفعه له من الثمن ؟. وعلى افتراض ان له ذلك ، فهل يرجع اليه ايضاً بما دفع وانفق زيادة عن الثمن ؟.

المطالبة بالثمن فقط :

اما السؤال الأول ، وهو : « هـل يرجع المشتري على الفضولي بالثمن فقط » فالجواب عنه يستدعي التفصيل على الوجه التالي :

١ – ان يكون المشتري جاهلاً بان البائع فضولي ، والحكم فيه ان للمشتري الحق في ان يسترد الثمن الذي دفعه للبائع ، ان كانت عينـه قائمة ، وان يأخذ عوضها من المثل او القيمة ، ان كانت هالكة ، لأن بطلان العقـد يستدعي بقاء كل من الثمن والمثمن على ملك صاحبه ، وقد وضع الفضولي يده على الثمن ، فتشمله قاعدة : على اليد ما اخذت ، حتى تؤدي .

٢ – ان يشتري من الفضولي ، وهو عـالم بحقيقته ، وقد ذهب المشهور الى ان المشتري في هذه الحال لا يحق له الرجوع على الفضولي بشيء ، سواء أكان الثمن باقياً ، ام هالكاً ، لأن المشتري هو الذي اضاع حقه ، واسقط احترام ماله بدفعه دون مقابل ، لعلمه ان العين التي تسلمها من الفضولي هي ملك لغيره ، فيكون ، والحال هذه ، كمن

سلم ماله للمجنون ، وهو عالم بجنونه ، ولا تتأتى هنا قاعدة « على اليد ما اخذت ، حتى تؤدي» ، لأن الفضولي تسلم الثمن واخذه باذن المشتري ، فتكون يده غير ضامنة .

والحق ان للمشتري الرجوع بالثمن على البائع الفضولي ، ان كانت عينه باقية ، وبعوضها ، ان كانت تالفة ، حتى ولو كان عالماً بحقيقة البائع ، إذ المفروض ان العقد قد بطل برد المالك ، ومعنى بطلانه ان كلاً من العوضين قد بقي بعد العقد على ملك صاحبه ، تماماً كما كان قبل العقد ، ومن هنا جاز للمالك الرجوع على المشتري ، فينبغي ايضاً ان يجوز للمشتري الرجوع على الفضولي.وبكلمة : انه بعد ان بطل العقد جاز لكل من المالك والمشتري ان يطالب من استولى على ماله . هذا ، الى انه لو قلنا : ان المشتري لا يجوز له الرجوع على البائع ، مع علمه بحقيقته لتحتم علينا ان نقول ايضاً : ان الثمن الذي قبضه الفضولي من المشتري اصبح ملكاً حلالاً له ، يتصرف به كيف يشاء .. ولا احسب ان فقيهاً واحداً يقول بذلك ، مع العلم بان الفضولي اذا سلم العين التي باعها للمشتري دون اذن المالك يصبح غاصباً .

اما القول بان المشتري اقدم على اتلاف ماله بلا عوض فلا يبتني على اساس ، بل دفعه للبائع بقصد المعاوضة ، تماماً كما هي الحال في البيع الصحيح ، فكأن المشتري قد اشترط على البائع شرطاً ضمنياً بان يرجع عليه بالثمن اذا اخذ العين صاحبها ، قال السيد اليزدي : « المفروض ان المشتري انما يدفع الثمن عوضاً عن هذا المال ، لا عن رفع يد البائع عنه ، فليس من قصد المشتري الاستفادة ، بل المعاملة الحقيقية ، وكذلك البائع ، فلا يكون هتكاً لحرمة ماله عرفاً ، وتسلط البائع عليه مجاناً . ويتفق السيد الحكيم في نهج الفقاهة مع السيد اليزدي ، واستدلا بقاعدة من وضع يده على مال غيره بعقد باطل فعليه الضمان . اما الشيخ الانصاري فبعد التردد والاحتمالات والاشكالات على عادته قال : « مستند المشهور

في مسألتنا لا يخلو من غموض .. وصرح بعضهم بضمان المرتشي مع تلف الرشوة التي هي من قبيل الثمن فيما نحن فيه » اي اذا كان المرتشي مسئولا عن الرشوة التي اكلها ، مع العلم بان الراشي قد دفع الرشوة لغير المستحق فكذلك يكون البائع مسئولا عن الثمن ، وان دفعه لغير المستحق .

وصفوة القول ان المعيار في رجوع المشتري بالثمن على البائع هو وضع يده عليه بعقد باطل .

المطالبة باكثر من الثمن :

اما السؤال الثاني . وهو : « هل للمشتري الرجوع على البائع بما زاد عن الثمن » فينبغي — للتوضيح — ابرازه بهذه الصورة :

تقدم ان المشتري يرجع على البائع بالثمن الذي دفعه له ، سواء اكان جاهلا بحقيقته او عالماً،خلافاً للمشهور الذين حصروا جواز الرجوع بصورة الجهل فقط . وهذا واضح اذا كان المال الذي دفعه المشتري للمالك بمقدار الثمن المسمى بعقد بيع الفضولي ، اما اذا دفع المشتري للمالك اكثر مما كان قد اعطاه للفضولي ثمناً للمبيع فهل يرجع المشتري ايضاً على البائع الفضولي بالزيادة بعد ان يسترد الثمن منه ؟. وقد فصل الشيخ الانصاري في الجواب على الوجه التالي :

١ — ان تكون الزيادة ناشئة من زيادة قيمة العين على الثمن المسمى الذي دفعه للبائع ، وصورته ان يشتري زيد فرس عمرو من الفضولي بعشرة دراهم ، ثم تهلك الفرس في يد المشتري ، ولا يجيز المالك هذا البيع ، فللمالك ان يرجع على المشتري بقيمة الفرس ، لا بالمسمى ، فاذا افترض ان قيمتها عشرون درهماً فعلى المشتري ان يدفعها كاملة للمالك ،

ولكن هل للمشتّري ان يرجع بالعشرين على البائع – بعد ان يأخذ منه الثمن الذي كان قد دفعه له – او يرجع عليه بما زاد على مقدار الثمن ؟.

والجواب : لا يحق للمشتّري ان يرجع بالعشرين كاملة على البائع ، وانما يرجع عليه بما زاد على الثمن المسمى ، اما ما يقابل الثمن ، وهو العشرة فلا يرجع بها على البائع ، لأن المشتّري اقدم على دفعها حتّى على تقدير هلاك الفرس ، تماماً كما لو اشتراها من المالك نفسه ، فالتغرير – اذن – لم يتحقّق بالنسبة الى العشرة المقابلة للثمن ، اما الزائد عنه فلم يقدم عليه ، فيكون البائع ، والحال هذه ، هو الغار الضار ؛ وعليه ان يتحمل مسئولية الضرر والتغرير .

وزيادة في التوضيح نشير الى ان كلام الشيخ الانصاري لا يتناول العشرة التي دفعها المشتّري للبائع ثمناً للفرس ، والا لزم ان يدفع المشتّري الثمن مرتين : مرة للبـائع ، والأخرى للمشتّري .. ان الثمن المسمى يرجع الى المشتّري بلا بحث ، وانما ذكرنا « لفظ المسمى » لبيان ان ما يقابله لا يرجع به المشتّري على البائع ، بل يرجع بما يزيد عن المقابل للثمن ، وتكون النتيجة ان المشتّري اذا دفع عشرين بدلاً عن الفرس يخسر عشرة فقط ، وهي التي لم يغرره بها البائع ، ويخسر البائع عشرة ، لأنه غرر بالمشتّري بها زيادة عن الثمن .

٢ – ان يدفع المشتّري للمالك عوض المنافع التي استوفاها من العين التي اشتراها من البائع ، قال الشيخ الانصاري ، وجماعة من الكبار : ان للمشتّري ان يرجع على البائع بما دفعه للمالك ، لقاعدة المغرور يرجع على من غره .

٣ – ان ينفق المشتّري على العين التي تسلمها من البائع ، كعلف الفرس ، وقد اجمعت كلمة الفقهاء على ان له الرجوع بها على البائع ، لقاعدة الغرر ايضاً .

تداول الايدي :

هذه المسألة تتصل اتصالاً وثيقاً ببحث الغاصب والفضولي ، ويسميها الفقهاء مسألة تعاقب الايدي ، وصورتها ان ينقل الغاصب العين المغصوبة منه الى غيره ، او يسلم الفضولي المبيع الى المشتري بلا اذن المالك ، فيصبح بهذا التصرف غاصباً ، ثم يبيع المشتري العين الى مشترٍ ثانٍ .. والفقهاء تكلموا في مطالبة المالك اصحاب الايدي المتداولة على ماله ، ثم في رجوع اصحاب الايدي بعضهم على بعض بعد رجوع المالك عليهم كلاً او بعضاً . ثم قد تكون العين قائمة عند مطالبة المالك ، وقد تكون هالكة .. وقبل كل شيء نود التذكير بهاتين القاعدتين اللتين تسالم عليهما الفقهاء ، وهما : قاعدة المغرور يرجع على من غره ، وقاعدة ان كل من استولى على مال غيره فعليه ان يرده ما دام قائماً ، او يرد بدله من المثل او القيمة ان هلك الا ان تكون يده امانة على المال ، وهلك دون تعدٍ او تفريط .

المالك واصحاب الايدي :

اذا تداولت العين المغصوبة ايد عديدة ، وكانت ما تزال قائمة فالمالك بالخيار ، ان شاء رجع على من هي في يده ، ومتى تسلمها ارتفعت المسئولية عن الجميع ، وان شاء تركها مع ذي اليد ، وطالب غيره من الغاصبين ، وعلى هذا الغاصب غير ذي اليد – ان طالبه المالك ، ان يلاحق بدوره من هي في يده ، وينتزعها منه ، ولو بأقامة الدعوى عليه ، لأنه صاحب علاقة ، اي ان المسئولية التي تحملها هذا الغاصب الذي انتقلت العين المغصوبة من يده تخوله ان يتتبع العين اينما كانت ليردها الى مالكها .

وتسأل : ان حق المالك يتعلق بالعين لا بالذمة ، ما دامت العين قائمة ، فاذا هلكت تعلق حقه بالذمة لا بالعين ، وبديهة ان اعطاء الحق للمالك بالرجوع على من وجدت العين في يده يستدعي ان حقـه متعلق بالعين لا بالذمة ، وان اعطاء الحق له بالرجوع على غير من هي في يده من الغاصبين يستدعي ان تكون العين تالفة ، وان حقه متعلق بالذمة لا بالعين ، وهذا هو التنافي بعينه .. بالاضافة الى انه جمع بين العوض والمعوض عنه .

والجواب : فرق بين الضمان في العهدة ، والضمان في الذمة ، فان ضمان العهدة يتعلق — في الغالب — بالاعيان كضمان العارية العادية ، وضمان المبيع اذا ظهر مستحقاً للغير ، بحيث يرجع المضمون له على الضامن بالعوض اذا هلكت العين المضمونة ، او امتنع الاستيلاء عليها لسبب من الاسباب ، اما ضمان الذمة فيتعلق بالاموال التي تستقر في الذمم ، والضمان الذي لا يجتمع مع تعلق حق المالك بالعين هو ضمان الذمة ، اما ضمان العهدة فهو معه على وفاق .

وكل من استولى على ملك الغير استيلاء يمكنه من التحكم فيه ، ولو آناً ما فقد دخل في عهدته ، واصبح مسئولاً عنه ، وعليه ارجاعه اينما كان ، ما دام قائماً ، فان هلك فعليه عوضه ، حتى ولو كان قد خرج من يده الى غير يده . اجل ، اذا تداولته ايد عديدة من اصحاب الايدي بأجمعهم مسئولين ، ولكن على سبيل البدلية والكفاية اذا قام به البعض سقط عن الكل .

٢ — اذا تلفت العين في يد احدهم تخير المالك في الرجوع بالعوض كاملا على من شاء منهم ، وان شاء وزعه على الجميع بالتساوي او التفاوت ، لأن الرجوع على احدهم بالكل يقتضي الرجوع عليه بالبعض بطريق اولى ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف ولا اشكال ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، لأن كلا منهم غاصب مخاطب برد العين ،

او البدل ، لقول الامام (ع): كل مغصوب مردود ، وحديث : على اليد ما اخذت ، حتى تؤدي .. ولا فرق في تعاقب الايدي بين الضمان بعقد فاسد ، او بغيره ».

اصحاب الايدي بعضهم مع بعض :

تكلمنا في الفقرة السابقة عن حكم المالك مع اصحاب الايدي ، وفي هذه الفقرة نتكلم عن حكم اصحاب الايدي بعضهم مع بعض ، ولنفترض ان العين تداولتها ثلاث ايد ، كما لو كانت في يد زيد ، ثم انتقلت منه الى عمرو ، ومنه الى خالد ، وهلكت في يده .. وعلى هذا الافتراض ، اما ان يكون واحد من هؤلاء مغروراً من غيره ، واما ان لا يكون بينهم مغرور ، بل كانوا كلهم غاصبين ، فان كان بينهم مغرور ، ورجع المالك عليه كان له تمام الحق في ان يرجع هو بدوره على من غرّه بالاتفاق ، فلو ان عمرا اشترى العين من زيد على انها ملك له ، ورجع المالك الى عمرو ، كان لعمرو ان يرجع الى زيد ، لأن المغرور يرجع على من غرّه بالاجماع . وكذا اذا رجع المالك على خالد ، وكان خالد مغروراً من عمرو ، فيحق له ، والحال هذه ، ان يرجع على عمرو . اذن ، في حال وجود التغرير يمكن ان يرجع الثالث على الثاني ، والثاني على الثـالث ، لأن الغار هو الذي انتقلت العين منه ، فيكون سابقاً ، والمغرور هو الذي انتقلت العين اليه ، فيكون لاحقاً ، وهذا معنى قول الفقهاء : « اللاحق يرجع على السابق اذا كان السابق غاراً له » .

اما اذا لم يكن بين اصحاب الايدي مغرور ، بل كانوا جميعاً غاصبين فيكون الأمر بالعكس تماماً ، اي ان السابق يرجع على اللاحق ، ولا يرجع اللاحق على السابق . فاذا رجع المالك على زيد — وهو الاول السابق على

عمرو – ودفع زيد للمالك بدل العين يحق لزيد ، والحال هذه ، ان يرجع على عمرو – وهو الثاني اللاحق لزيد – ويطالبه بما دفع للمالك قائلاً له : لقد تسلمت العين من يدي فارجعها ، او ارجع بدلها . يحق ذلك لزيد ، لأنه لما دفع للمالك حقه قام مقامه ، واخذ صفته . واذا رجع المالك على الثاني ، وهو عمرو يحق لعمرو ان يطالب خالداً ، تماماً كما جاز لزيد ان يطالب عمرا ، ولا يجوز لعمرو ان يطالب زيداً ، لأن زيداً لم يأخذ العين من عمرو ، بل على العكس ، فان عمرا اخذ من زيد ، وزيد اخذ من المالك . وكذا لو رجع المالك على الثالث ، اي على خالد في المثال المتقدم ، فلا يحق لخالد ان يطالب عمرا ، لأن خالدا تسلم من عمرو ، ولم يتسلم عمرو من خالد – ينبغي الانتباه انه لا مغرور هنا – وبكلمة : ان نسبة الأول الى الثاني ، ونسبة الثاني الى الثالث ، تماماً كنسبه المالك الى الأول ، فان الأول اغتصب من المالك ، والثاني اغتصب من الأول ، والثالث اغتصب من الثاني ، لأن الغاصب من الغاصب غاصب ، والنتيجة الحتمية لذلك ان الضمان يستقر في النهاية على من تلفت العين في يده .

الخلاصة :

والخلاصة اذا كان في اصحاب الايدي المتعاقبة مغرور فلا يستقر الضمان عليه بحال ، وان رجع عليه المالك رجع هو بدوره على من غرّه ، واذا لم يكن فيهم مغرور يستقر الضمان على من تلفت العين في يده ، بحيث اذا رجع المالك عليه لم يبق من شيء ، واذا رجع على من تقدم عليه جاز للمتقدم ان يرجع على المتأخر ، حتى تنتهي السلسلة الى الأخير الذي تلفت العين في يده . وليس من شك ان تلف العين تحت اليد

سبب لضمان صاحبها البدل من المثل او القيمة [1] فان استوفى المالك حقه ممن تلفت العين في يده لم يرجع بعض اصحاب الايدي على بعض ، لعدم الموجب ، وان استوفى حقه من غير الذي تلفت العين في يده قام هذا الغير مقام المالك في المطالبة بالبدل ، لأن المفروض ان ضمان البدل قد استقر على من تلفت العين في يده ، ولا بد لهذا البدل من صاحب ، ولا يعقل ان يكون صاحبه مالك العين ، لأنه قد استوفى حقه ، والحق لا يتعدد ، فلم يبق لهذا البدل من صاحب الا من استوفي المالك حقه منه . وبكلمة موجزة وجامعة مانعة : ان الضمان يستقر على من تلفت العين في يده الا اذا كان مغروراً ، والى هذا المعنى تومي ، العبارة الشائعة في كتب الفقه ، وهي : « يرجع كل سابق على كل لاحق ، ولا يرجع السابق على اللاحق اطلاقاً » .

القيمة :

سبق ان العين اذا تلفت كان للمالك الحق بالتعويض من المثل او القيمة ، فلو افترض ان العين كانت قيمية ، فهل للمالك المطالبة بقيمتها السوقية حين الغصب ، او حين التلف ، او اعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف ؟

اقوال ، اصحها القيمة حين التلف ، لأن حق المالك يتعلق بالعين ما دامت قائمة ، فان هلكت تعلق بالبدل حين هلاكها . اذن ، تتعين القيمة من هذا الحين . وقد تكلمنا عن ذلك في كتاب « اصول الاثبات » فصل اليد والضمان ، وستعرض له مفصلاً انشاء الله مع منافع المغصوب ، ومؤنة رده في الاجزاء الآتية باب الغصب .

---

١ – اسباب الضمان ثلاثة : مباشرة الاتلاف ، كمن كسر أناء غيره بنفسه ، والتسبيب ، كمن حفر حفرة في الطريق العام ، فسقط فيها احد المارة ، ومنه التغرير ، واليد كمن استولى على مال الغير فتلف بآفة سماوية او بغيرها .

شروط العوضين

سبق ان البيع يتم بالصيغة المعبرة عن القصد مع تراضي المتعـاقدين اللذين هما طرفا الالتزام ، وبالعوضين ، وهما محل العقد ، وفيهما يظهر اثره . وتقدم الكلام عن الصيغة وشروطها ، والمتعاقدين ، وما يعتبر فيهما .. وننتقل الآن الى شروط العوضين ، اي الثمن والمثمن ، وهي ، كما جاءت في كتاب المكاسب اربعة شروط (١) : الماليـة مع جواز الانتفاع بما وقع ثمناً او مثمناً ، (٢) : السلطة على العين مع اطلاقها ، وعدم حبسها ، وعبّر كثيرون عن هذا الشرط بالملكية المطلقة ، (٣) : القدرة على تسليمها (٤) العلم بها صنفاً وكما ووصفاً .

المالية والمنفعة المباحة :

الشرط الاول ان يكون كل من العوضين مالا ذا قيمـة يجري فيه البذل والمنع عند العرف ، ويجوز الانتفاع به في نظر الشرع ، ويتفرع على هذا الشرط ما يلي :

١ – ان البيع يقع على الاعيان دون المنافع ، وان جاز ان تكون محلا

للاجارة والهبة والصلح ، قال صاحب الحدائق : « المشهور بين الفقهاء انه يشترط في كل من العوضين ان يكون عيناً ، فلا يصح بيع المنافع ». ويصح بيع بعض الحقوق ، كحيازة الارض ، والتحجير على المفلس .

اما العين التي لا يجري فيها البذل والمنع ، كحبة الحنطة ، وحفنة التراب فلا تعد مالا ، وبالتالي لا يصح ان تكون ثمناً او مثمناً في البيع ، لأن البيع مبادلة مال بمال .. ولا يستلزم ذلك جواز اخذ حبة الحنطة والحبتين من ملك الغير ، لأن عدم المالية شيء ، والملك شيء آخر ، والنسبة بينهما عموم من وجه يجتمعان معاً في مثل الدار ، فانها مال وملك، ويفترق المال في المعادن تحت الارض ، فانها مال لا ملك ، ويفترق الملك في حبة الحنطة فانها ملك لا مال .

وتسأل : كيف تقول : ان البيع يقع على الاعيان ، مع العلم بأن كلا من الثمن والمثمن يجوز ان يكون في الذمة بالاتفاق ؟ .

ونجيب بأن مرادنا من الاعيان هنا في قبال المنافع ، وان البيع يجب ان يتجه الى العين دون المنفعة ، سواء أكان العوضان خارجيين ، او ذميين .

٢ – ذكر الشيخ الانصاري في اول المكاسب بعنوان « الاكتساب المحرم » صفحات طوالا عدد فيها الأعيان التي يحرم التكسب بها ، واطنب في ذكر الأقوال وأدلتها ، والرد عليها ، نذكر منها هذه المقتطفات :

« تحرم المعاوضة على بول ما لا يؤكل لحمه بلا خلاف ، لحرمته ونجاسته ، وعدم الانتفاع به منفعة محللة مقصودة .. والأقوى جواز بيع الارواث الطاهرة التي ينتفع بها منفعة محللة .. وايضاً تحرم المعاوضة على الدم النجس بلا خلاف .. اما الدم الطاهر فالاقوى الجواز اذا كانت له منفعة محللة .. وتحرم المعاوضة على الميتة منفردة ، ومنظمة مع المذكى، وتحرم ايضاً على اجزائها التي تحلها الحياة من ذي نفس سائلة على المعروف

من مذهب الفقهاء .. وايضاً تحرم المعاوضة على كلب الهراش ، وتجوز على كلب الماشية والصيد والزرع والحائط - اي البستان - فعن الامام الصادق (ع) ان رسول الله (ص) قال : ثمن الخمر ، ومهر البغي ، وثمن الكلب الذى لا يصطاد سحت ، ولا بأس بثمن الهرة - وليس من شك ان كلب السيدات والآنسات لا يصطاد بالمعنى المعروف للصيد فيكون ثمنه سحتاً ، تماماً كمهر البغي - .. وتجوز المعاوضة على الدهن المتنجس على المعروف من مذهب الفقهاء ، مع وجوب اعلام المشتري- ان كان مسلماً لا يستحل الميتة - حيث يمكن الانتفاع به في غير الاكل، كصناعة الصابون وما اليه .. وتحرم على ما لا يقصد منه الا الحرام ، كالاصنام اجماعاً ونصاً . اما بيع العنب ممن يعلم المشتري انه يعمله خمراً فينظر : فان باعه بقصد ان يصنع خمراً فلا يجوز بلا خلاف ، وان باعه بغير هذا القصد فأكثر الفقهاء على الجواز للروايات المستفيضة عن اهل البيت ، منها ان الامام الصادق (ع) سئل عن رجل ، له كرم ، يبيع العنب ممن يجعله خمراً ، او مسكراً ؟ . قال : انما باعه حلالاً في الزمان الذي يحل شربه واكله ، فلا بأس ببيعه .. ويحرم بيع السلاح من اعداء الدين اجماعاً ونصاً ، ومنه قول الامام (ع) : اذا كانت الحرب فمن حمل الى عدونا سلاحاً يستعين به علينا فهو مشرك .. وتحرم المعاوضة على الخمر والخنزير ، وآلات اللهو والقمار .. اما التماثيل المجسمة فان كانت لغير ذوات الارواح ، كالشمس والقمر والاشجار جاز عملها وبيعها واقتناؤها ، وان كانت لذوات الأرواح ، كالانسان والحيوان والطيور حرم عملها ، وحلّ اقتناؤها بالاجماع ، واختلفوا في بيعها ، فن قائل بالمنع ، وقائل بالجواز .. اما التصوير الشائع غير المجسم فيجوز عمله اطلاقاً لذوي الارواح ، وغير ذوي الارواح ، وكذا يجوز بيعه واقتناؤه » .

ومن تتبع كلمات اهل البيت (ع) ، واقوال الفقهاء وأدلتهم ، وانعم

فيها الفكر لا بد له ان ينتهي الى الجزم واليقين بأن السبب الموجب لتحريم المعاوضة على الأعيان النجسة والمتنجسة هو أخذ العوض على المنفعة المحرمة ، لأن اكل العوض عنها اكل للمال بالباطل ، ويصدق عليه قول الرسول الأعظم (ص) : « اذا حرم الله شيئاً حرم ثمنه » . اما اذا استعمل في الجهة المحللة فلا يكون حراماً ، ولا اكلا للمال بالباطل، فكلب الهراش يحرم بيعه بالنص ، حيث لا منفعة منه ، ويجوز بيع كلب الصيد والماشية والزرع والبستان ، لمكان الانتفاع به . وكذا جلد الميتة يجوز بيعه ، ليجعل قراباً ، او سرجاً ، او غربالا ، بل يجوز بيع الميتة بالذات لو افترض صلاحها لجهة مباحة ، ويدل على ذلك ان الامام (ع) سئل عن بيع الميتة ؟ . فقال : « لا ينتفع بها » ومعنى هذا انه لو امكن الانتفاع بها لساغ بيعها .

ويجوز بيع العذرة للتسميد ، لقول الامام الصادق (ع) : لا بأس ببيع العذرة ؛ حيث يحمل على استعمالها في جهة محللة . ويحمل قوله (ع) ، « ثمن العذرة سحت » على استعمالها في الجهة المحرمة .

ولو ان انساناً اراد ان يبيع من دمه دون ان يتضرر ، يبيعه لمريض يحتاج اليه يصح البيع ، ويحل الثمن ، كما تصح هبة الدم بلا عوض .

ومن الشواهد على ما قلنا ان جماعة سألوا الامام (ع) عن جلود الميتة يعملون منها غلافات للسيوف ؟ . فأجابهم اجعلوا ثوباً للصلاة . وسئل عن رجل يعمل الحمائل من شعر الخنزير ؟ . قال : فليغسل يده. وسئل عن العجين النجس ، والحيوان الذكي يختلط بالميتة ؟ . قال : يباع ممن يستحله . واذا كان ثمن الميتة والعجين النجس حلالا فيحل ثمن غيرهما من اعيان النجاسات والمتنجسات ، حيث لا خصوصية للمورد المسؤول عنه ، على شريطة ان يقصد استعمالها في المباحات لا في المحرمات.

ومما قاله الشيخ الانصاري في ذلك : « اذا قام الدليل على جواز الانتفاع منفعة مقصودة بشيء من النجاسات فلا مانع من صحة بيعه ،

لأن ما دل على المنع من بيع النجس من النصوص والاجماع ظاهر في كون المانع حرمة الانتفاع » .

وقال السيد اليزدي في حاشية المكاسب : « ان المناط ان تكون المنفعة المحللة مقومة لماليته ، بحيث لو اغمض عن المنفعة المحرمة يُعد مالا ، وان كانت المنفعة نادرة ، لأن المتيقن من أدلة المنع انما هو بيعها بلحاظ الوجه المحرم ، بل لو فرض ان للنجس منفعة نادرة غير مقومة لماليته، وقصد من البيع تلك المنفعة النادرة كفى في الصحة .. فهو نظير ما لو باع مالا محللا بقصد منفعة نادرة لا يعد الشيء مالا بلحاظها ، فانه لا ينبغي الاشكال في صحته » .

وهذا معناه ان جميع الأعيان النجسة يجوز بيعها لمجرد وجود منفعة محللة ، حتى ولو كانت هذه المنفعة نادرة ، وكانت المنفعة المحرمة هي الغالبة ، وبديهة ان كل شيء من المحرمات لا يخلو من المنفعة النادرة .

وأصرح في الدلالة على ذلك قول الشيخ النائيني في تقريرات الخونساري، حيث صرح ببيع الخمر للغاية نفسها ، قال تحت عنوان « في المكاسب المحرمة » : لا يستفاد من اخبار اهل البيت (ع) مجرد التعبد بحرمة النجاسات والمحرمات .. فاذا فرض ان جلد الميتة لا يتوقف استيفاء المنافع المهمة على طهارته فلا بأس ببيعه .. وكذا الخمر والنبيذ ونحو ذلك، فان المقصود انه اذا فرض هناك منفعة مهمة عقلانية ، ولم يتوقف استيفاؤها على الطهارة ، كالاستقاء بجلد الميتة للزرع جاز البيع ، وعلى هذا فبيع العذرة في البلاد التي تنتفع بها لا بأس به ، وهكذا نفس الميتة والخمر» .

السلطة على العين :

الشرط الثاني ان يكون للبائع سلطة مطلقة تامة على المثمن ، وللمشتري

سلطة مثلها على الثمن، واي عاقل يجعل البحار والانهار ثمناً او مثمناً.. وكذا الاسماك والطيور والوحوش ، وما اليها من المباحات قبل حيازتها والاستيلاء عليها ..

وباطلاق العين تخرج المحبوسة بالوقف والرهن ، فان حبس العين بأحدهما يمنع كلا من الموقوف عليه والراهن من التصرف في العين تصرفاً ناقلا ، قال الشيخ الانصاري : « ذكر الفاضلان – هما العلامة والمحقق الحلّيان – وجميع من تأخر عنهما في شروط العوضين بعد الملكية كون العين طلقاً ، وفرعوا على ذلك عدم جواز بيع الوقف الا ما استثني ، ولا الرهن الا بأذن المرتهن » .

الشراء بالمال المغصوب :

والحقيقة ان هذا الشرط تفرضه البديهة ، فالتبسط فيه تبسط بالواضحات .. اجل ، هنا مسألة تتصل بهذا الشرط تجدر الاشارة اليها، وهي ان من اغتصب مال الغير ، واشترى به شيئاً ، فهل يملك المبيع ، ويحل له ، غاية الأمر ان المشتري يكون آثماً ، وضامنا للمال المغصوب، والا فالبيع صحيح او ان البيع يقع باطلا من رأس ، ويحرم على المشتري التصرف في المبيع ، او ان الشراء يقع فضالة عن صاحب المال ، ويصير لازماً بالاجازة ؟ .

الجواب :

إنْ وقع الشراء على عين المغصوب بالذات ، كما لو قال الغاصب : اشتريت كذا بهذا المال ، ان كان كذلك وقع الشراء فضالة عن صاحب المال ، فان أجاز صح البيع للغاصب ، والا بطل البيع من الاساس .

وعلى هذ المعنى تحمل هذه الرواية عن الامام الصادق (ع) ، فلقد سئل عن رجل اشترى ضيعة او خادماً بمال أخذه من قطع الطريــق ، او السرقة : هل يحل له ما يدخل عليه من ثمر الضيعة والخادم ؟ . فأجاب الامام (ع) : لا خير في شيء اصله الحرام ، ولا يحل له استعماله

وان وقع الشراء على ان يكون الثمن كلياً في الذمة ، لا على العين المغصوبة ، وعند الوفاء سدد المشتري من مال الغير ، ان كان كذلك صح البيع ، وحــل المبيع ، وعلى المشتري الاثم والضمان .. وعلى هذا المعنى يحمل قول الامام (ع) : لو ان رجلا سرق الف درهم ، فاشترى بها جارية ، واصدقها المهر كان الفرج له حلالا ، وعليه تبعة المال — اي ضمانه .

القدرة على التسليم :

الشرط الثالث ان يكون البائع قادراً على تسليم المثمن للمشتري ، والمشتري قادراً على تسليم الثمن للبائع .. وجاء في كتاب « المكاسب » خمسة ادلة علي هذا الشرط : الاول : ان البيع مع عدم الوثوق بوقوع مضمونه ومؤداه يكون بيعاً غررياً ، وقد نهى النبي (ص) عن بيع الغرر ، والنهي هنا يستدعي الفساد بالاجماع . الثاني : الحديث المشهور عن الرسول الاعظم (ص) : « لا تبع ما ليس عندك » . اذا فسرناه بما لا تقدر على تسليمه ، وقريباً يأتي الكلام حول هذا الحديث . الثالث : ان العقد بطبعه يستدعي وجوب تسليم كل من العوضين الى صاحبه ، فيجب ان يكون التسليم مقدوراً ، والا كان تكليفاً بالمحال . الرابع : ان الغرض من البيع انتفاع البــائع بالثمن ، والمشتري بالمثمن ، ولا يتم ذلك الا بالتسليم ، فاذا تعذر التسليم تعذر البيع . الخامس : ان بذل الثمن لقاء شيء غير مقدور سفه ، واكل للمال بالباطل .

وسواء أكان كل دليل من هذه الأدلة بمفرده صحيحاً او انها بمجموعها تستدعي الركون والاطمئنان فان الذي ليس فيه شك ان الفقهاء قد اجمعوا على هذا الشرط ، وان العرف يرى المعاملة ، مع العجز عن التسليم والتسلم لغواً لا أثر لها ، تماماً كبيع السمك في الماء ، والطير في الهواء .. وتتفرع على هذا الشرط مسائل هامة نعرض طرفاً منها فيما يلي :

القدرة عند الاستحقاق :

تعتبر القدرة على التسليم والتسلم حين نفاذ العقد والاستحقاق ، ولا تجدي القدرة شيئاً عند العقد ، مع العجز عن التسليم حين الاستحقاق ، كما لا يضر العجز حين العقد ، مع القدرة حين الاستحقاق ، وعلى هذا يجوز بيع الدقيق في الحنطة ، والزيت في الزيتون ، والتبن في الزرع قبل حصاده ، واللحم في الشاة قبل ذبحها ، لأنه موجود مآلاً ، وان لم يوجد حالاً ، فلا يكون الاقدام عليه غرراً ، ولا سفهاً ، ولا تكليفاً بالمحال .

قدرة المشتري فقط :

اذا عجز البائع عن التسليم ، وقدر المشتري عليه ، فهل يصح البيع ؟. ومثال ذلك ان يغصب دارك من هو اقوى منك ، فتبيعها انت ممن هو اقوى من الغاصب القادر على تخليصها منه .

الجواب :

اجل ، يصح ، لأن الهدف من اشتراط القدرة هو وصول المبيع الى

من انتقل اليه ، وقد تحقق ، قال الشيخ الانصاري نقلاً عن كتاب الايضاح : « وهذا مما انفردت به الأمامية ، وهو المتجه » . واستدل عليه بأنه لا غرر فيه ولا سفه .

لا تبع ما ليس عندك :

سبق في فصل الفضولي ان من باع مال الغير يقع فضالة عنه ، فان اجاز صاحب المال نفذ البيع والا بطل من الاساس ، ونشير – هنا – الى ان الفقهاء قد اتفقوا على ان من يبيع مال الغير بيعاً باتاً ، ثم يمضي الى صاحب المال ، فيشتريه منه ، ويسلمه الى المشتري ، اتفقوا جميعاً على عدم صحة البيع ، لأن الناس مسلطون على اموالهم ، لا على اموال غيرهم ، والحديث « لا بيع الا ما يملك » فانه يدل على نفي البيع قبل تملك العين ، وايضاً لحديث « لا تبع ما ليس عندك » الدال صراحة على المنع عن بيع ما لا سلطان للبائع عليه ، سواء أكان غير مملوك لأحد ، كالسمك في الماء ، او كان ملكاً لغير البائع ، او كان ملكاً للبائع ، مع عجزه عن السيطرة عليه ، كالجمل الشارد ، والعبد الآبق .

اجل ، يجوز للسمسار ان يتفق مع زيد – مثلاً – على ان يشتري السمسار مال الغير لنفسه ، ثم يبيعه لزيد بثمن معين ، ولكن هذا الاتفاق لا يُلزم زيداً بالبيع ، بل يبقى على ارادته ، ان شاء اخذ ، وان شاء ترك .. قال عبد الرحمن بن الحجاج : قلت للامام الصادق (ع) يجيء الرجل ، فيطلب المتاع ، فاشتريه ، ثم ابيعه منه ؟ . فقال : أليس ان شاء ترك ، وان شاء أخذ ؟ . قلت : بلى . قال : لابأس به .

وكذا يجوز ان يبيع شيئاً في الذمة ، كطن من حنطة ، وليس عنده شيء منه ، ثم يشتريه ، ويسلمه للمشتري ، لأن القدرة عند التسليم

كافية لصحة البيع ، فلقد سئل الامام عن الرجـل يشتري الطعام من الرجل ، وليس عنده ؟ . فقال : لا بأس به . فان المراد بهذه الرواية التي نفت الباس البيع في الذمة ، وبالرواية السابقة التي اثبتت الباس بيع العين الخارجية المملوكة للغير .

الضميمة لا تصحح البيع :

اذا باع شيئين معاً ، وفي صفقة واحدة ، احدهما يمكن تسليمه ، والآخر يتعذر ، كما لو بـاع بعيراً شارداً مع الثوب بعشرة ، فهل يصح البيع ؟ .

كلا ، لأن ضم مقدور الى غير مقدور لا يجعل المجموع مقدوراً ، ولا يخرج ما لا يستطاع الى ما يستطاع .

وتقول : لقد ثبت عن اهل البيت (ع) ان العبد الآبق يجوز بيعه مع الضميمة .

والجواب ، اجل ، ولكن هذا البيع يخالف الاصول والقـواعد ، فيقتصر فيه على مورد الرواية فقط ، وهو بيع العبد الآبق ، على انه لا مكان اليوم للعبيد والاماء .

وبالتالي ، فان كل ما لا يصح بيعه منفرداً لا يصح بيعه منظماً الى ما يصح بيعه [1] .

معنى الغرر :

سبق ان البيع مع عدم القدرة على التسليم باطل لمكان الغرر ، ويأتي

---

١ – هذه الجملة ، او هذا الضابط العام جاء بالحرف في كتاب مفتاح الكرامة الجزء السادس متاجر ص ٢٨٧ .

ايضاً في الشرط الرابع ان البيع مع الجهل بالعوضين كذلك ، وهذا يستدعي الاشارة الى معنى الغرر ، وقد جاء عن علي امير المؤمنين (ع): « ان الغرر عمل لا يؤمن معه الضرر » . قال صاحب الجواهر : وهذا المعنى جامع لجميع ما قاله اهل اللغة والفقه ، وعليه فأية معاملة ينطبق عليها انها عمل لا يؤمن معه من الضرر تكون باطلة ، لمكان الغرر .

وفسر الشيخ الانصاري الغرر بالمخاطرة التي قد تفضي الى التنازع والمشاجرة بسبب المعاملات ، ويرجع هذا التفسير الى ما نقلناه عن الامام (ع) ، واختاره صاحب الجواهر من انه « عمل لا يؤمن معه من الضرر» . ثم انه ليس من الضروري ان يكون الغرر مساوقاً للجهل ، بل قد يوجد الجهل ، حيث لا غرر ، فان كثيراً من العقلاء يقدمون على شراء اشياء يجهلون حقيقتها ، ولا يعدون الاقدام عليها ضرراً وخطراً ، بل قد يرون الاحجام عنها سفهاً او اشبه بالسفه . قال الشيخ الانصاري : ان العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاء النفع الكثير ، ويشترون الشيء المجهول بثمن لا يتضررون به ، كالمردد بين النحاس والذهب .. فان ذلك مرغوب فيه عند العقلاء ، بل يوبخون من عدل عنه ، ولا يقبلون منه الاعتذار بأنه مخاطرة » . اذن ، فالغرر لا يلازم الجهل ابداً ودائماً ، بل قد وقد ..

العلم بالعوضين :

الشرط الرابع ان يكون كل من العوضين معيناً عند المتعاقدين تعييناً ينتفي عنه الغرر ، ولا يصدق عليه الاقدام على المخاطرة ، فلا يصح بيع المجهول الذي فيه غرر ، كبعتك ثوباً ، وبالمجهول ، كاشتريت هذا بثوب ، بل لا بد من العلم مسبقاً بالقدر والصنف والوصف . وايضاً لا يصح جعل الثمن بحكم احد المتعاقدين ، ولا بحكم ثالث ، اما طريق المعرفة

الى كل من الثمن والمثمن فيختلف باختلافه كنهاً وحقيقة ، جاء في كتاب الجواهر اول باب التجارة : « معرفة كل شيء بحسبه ، وما جرت فيه العادة بتقدير مخصوص فالعلم يتبع حصول ذلك التقدير ، وبيعه بدونه تخرص وتخمين ، وليس من العلم في شيء » . فبعض الاشياء يكون سبيل العلم اليه المشاهدة ، وبعضها الوصف ، وبعضها الكيل ، او الوزن ، او العد ، او المساحة ، وبعضها لا طريق الى معرفته الا الشم او الذوق ، او الكسر ، والآن ننتقل الى الكلام عن هذه الطرق.

المشاهدة :

ليس من شك ان المشاهدة العادية — اي الرؤية البصرية — لا تكون طريقاً لمعرفة كل شيء ، بل لبعض الاشياء ، كالأثاث ، والملابس ، والكتب ، والقرطاسية ، وما الى ذاك مما تكفي فيه رؤية العين عند العقلاء ، ولا يضر الجهل ببعض الصفات التي يتسامح به العرف ، ولا يعد في نظرهم غرراً ولا ضرراً ، قال الشيخ الانصاري : « المعيار في الاكتفاء بالمشاهدة هو رفع الغرر الشخصي » .

وتجدر الاشارة الى ان قول الفقهاء انما يكون حجة متبعة اذا اجمعوا على حكم شرعي ، كالاجماع على ان بيع الغرر باطل ، اما التطبيقات الخارجية ، وتشخيص الموضوعات.. اما ان هذا البيع فيه غرر ، او لا غرر فيه، فيرجع الى نظر الشخص صاحب العلاقة ، لا الى نظر الفقهاء والمجتهدين ، مهّدنا بهذه الاشارة لنبين انه لا وزن للاجماع الذي نقله صاحب التذكرة وغيره على ان المشاهدة تكفي في بيع الثوب والارض ، لأنه اجماع على تشخيص الموضوع والمصداق ، لا على حكم شرعي كلي ، كي يكون حجة . فلو افترض ان مشاهدة هذه القطعة

الخاصة من الارض لا ينتفي معها الغرر لا يصح البيع ، وبالاختصار ان المشاهدة ليست بقاعدة كلية لصحة البيع ، وان قام عليها الاجماع ، لأن سر الصحة هو عدم الغرر ، فمتى تحقق بأية وسيلـة صح البيع ، والا فهو باطل .

الوصف :

ان معرفة الشيء بنوعه ، او صنفه فقط لا يرفع الغرر ، فلا يصح ان يشتري فرساً ، او ثوباً في الذمة دون ان يُذكـر الوصف الذي تختلف بسببه القيمة والرغبات ، وكذا لا يصح ان تشتري فرس زيد الموجود في غير مجلس العقد دون ان تراه .. ويصح ان تشتريه ، وهو غائب عنك اعتماداً على وصف صاحبه بصفات تتفاوت معها الرغبات ، كالسن والهزال والسمن ، وانه اصيل او برذون ، وما الى ذلك مما ينتفي معه الغرر ، فاذا وجدت المبيع على الوصف حين القبض لزم البيع والا فلك حق الخيار في الفسخ ، لتخلف الوصف ، او الشرط الضمني – ويأتي التفصيل في فصل الخيارات – .

واذا كنت قد شاهدت الفرس قبل البيع ، ثم غبت عنه امداً لا تظن التغير فيه ، لاقتضاء العادة بقاءه على صفاته في هذا الامد ، واشتريته اعتماداً على ذلك ، فان رأيته عند القبض على ما كان لزم البيع ، وان رأيته خلاف ما عهدت ، وانه قد تغير بما لا يتسامح به عادة فلك حق الخيار في الفسخ دفعاً للضرر . وكذلك الحال بالقياس الى البائع فان هذا الخيار يثبت له ان كان قد باع ملكه الغائب اعتماداً على ما وصف له ، او على مشاهدة سابقة ، ثم تبين ان المبيع قد زاد زيادة تستدعي ارتفاع الثمن ارتفاعاً لا يتسامح به .

الاختلاف في التغير :

اذا وقع البيع اعتماداً على المشاهدة السابقة ، وبعد البيع اختلف المتبايعان في حدوث التغير ، فقال المشتري : قد تغيرت العين عما كنت رأيتها ، فلي حق الخيار في الفسخ ، وقال البائع : كلا ما زالت كما كانت عند المشاهدة ، فمن هو المدعي الذي عليه عبء الاثبات ؟ ومن هو المنكر الذي عليه اليمين فقط ؟ ومثال ذلك ان يشاهد زيد فرس عمرو ، وبعد امد يشتريه منه بثمن معين على تلك الصفات التي رآه عليها ، ولدى التسليم والتسلم قال المشتري اشتريته سميناً ، وهو الآن هزيل ، وقال البائع : بل اشتريته هزيلاً ، كما هو الآن .

وليس من شك ان تمييز المدعي من المنكر من ادق المسائل واهمها على الرغم من ان الضابط والمعيار لكل منها معلوم لا ريب فيه ، وهو موافقة قول المنكر للاصل ، ومخالفة قول المدعي له ، ولكن الدقة في التطبيق ، وتشخيص الموارد والافراد ، ومهما يكن ، فان في ذلك قولين :

واصحهما ما ذهب اليه المشهور من ان البائع هو المدعي ، والمشتري هو المنكر ، فيقبل قوله بيمينه ، وذلك ان النزاع في ان هذا التعاقد جائز ، او لازم يرجع في حقيقته الى ان التعاقد وقع على هذا الفرس بوصفه هزيلا ، حتى يلزم العقد ، او بوصفه سميناً ، حتى يكون جائزاً ، فاذا اجرينا اصل عدم العقد على الهزيل كان العقد جائزاً بحكم البديهة ، لأن جواز العقد يستند ابتداء ، وبلا واسطة الى عدم العقد على الهزيل ، وعلى هذا يكون قول المشتري موافقاً للاصل ، فيقبل مع يمينه اذا لم يكن للبائع بينة تثبت دعواه .

وتقول : ان الاصل عدم العقد على الفرس السمين ايضاً ، فيثبت ان العقـد لازم ، لا جائز ، ويكون قول البائع موافقاً للاصل ، فيقبل بيمينه .

ونجيب بان لزوم العقد اثر لوقوعه على الهزيل ، وليس اثراً لعدم وقوعــه على السمين ، حتى يكون هذا الاصل مجدياً ، بخلاف جواز العقد ، فانه اثر شرعي لعدم وقوعه على الهزيل ، أي على الفرس الموجود بالفعــل ، وبديهة ان نفي السمين بالاصل يثبت وجود الهزيل بالملازمة العقلية ، لا بالملازمة الشرعية ، اي ان نفي الضد بالاصل ، لا بالوجدان ، ولا بالبينة يلزمه وجود الضد الآخر بحكم العقل ، لا بحكم الشرع الذي يعتمد لاثبات موضوعات احكامه وتشريعاته على المشاهدات والبينات ، لا على حكم العقل بالتوافق ، او التناقض بين الطبيعيات والخارجيات .

وبتعبير ثانٍ لو افترض ان العقــد في الواقع قد جرى على الفرس الهزيل لكان لازماً يجب الوفاء به ، وهذا معناه انه لو لم يقع علي الهزيل يكون جائزاً بذاته ، وبغض النظر عن وقوعه على السمين .. وعليه فاذا اردنا ان نثبت جواز العقد فلا نحتاج اطلاقاً ان نثبت وقوعه علي السمين ، بل يكفي ان نثبت عدم وقوعه على الهزيل .. مع العلم بان عدم التعاقد على الهزيل يلزمه عقلا ثبوت التعاقد على السمين ، غير انّا لسنا بحاجة الى ذلك ، ما دام عدم التعاقد على الهزيل بذاته كافٍ وافٍ لجواز العقد بدون اية واسطة .

ولو افترض ان العقد جرى على السمين يكون العقد – في مسألتنــا – جائزاً ، ولكن عدم وقوعه على السمين لا يثبت لزوم العقد ، لأن لزومه اثر لوقوعه على الهزيل ، ووقوعه علي الهزيل لا يثبت باصل عدم وقوعه علي السمين الا اذا ادخلنا في حسابنا ان عدم الضد ملتزم لوجود الضد الآخر ، ولا يمكن بحال ان ندخل ذلك في الحساب بصفتنا فقهاء متشرعين ، لأن هذه الملازمة من شئون العقل ، لا من شئون الشرع .

هذا اقصى ما لدي من التوضيح لما اراده الشيخ الانصاري بقوله : « يرجع النزاع الى وقوع العقد على ما ينطبق علي الشيء الموجود ، حتى يلزم الوفاء وعدمه ، والاصل عدمه ، ودعوى معارضته بعدم وقوع العقد

على العين غير المقيدة باصالة عدم وقوع العقد على المقيدة ، وهو غير جائز ، كما حقق في الاصول »[1]

المكيل والموزون والمعدود :

سبق البيان ان كلاً من الثمن والمثمن لا بد ان يكون معلوماً للمتعاقدين ، وان طريق العلم به قد يكون المشاهدة ، او الوصف ، او الوزن ، او الكيل ، او العد ، او المساحة . وقد اطال الفقهاء في المكيل والموزون ، وسودوا الصفحات الطوال العراض ، وانه هل المراد منها ما كان مكيلاً وموزوناً في زمان الشارع فقط ، او ان لكل بلد عاداته وتقاليده في ذلك ، سواء اتفقت مع زمن الشرع او اختلفت ؟. وتكلموا واطالوا ايضاً في ان المكيل هل يجوز بيعه وزناً ، والموزون كيلاً ، والمعدود باحدهما ، او المشاهدة ؟ وتكلموا فيما تفتقر معرفته الى الاختبار بالذوق او الشم ، الى غير ذلك .

وبديهة ان الوزن والكيل والعد ، كل هذه وما اليها وسائل لمعرفة الكم ، لا غاية في نفسها ، كما ان المشاهدة والوصف ، واختبار اللون والطعم والرائحة وسيلة لمعرفة الكيف ، فالعبرة برفع الغرر ، فكل ما لا غرر فيه فهو صحيح ، وكل ما فيه غرر لا يتسامح به عرفاً فهو باطل ، ويؤيده تعليل الفقهاء للبيع الباطل بانه غرر ، وللبيع الصحيح بعدم الغرر ، قال الشيخ الانصاري في المكاسب ما نصه بالحرف :

---

١ – اذا بقي شيء من الغموض بعد التوضيح والبيان فلأن المطلب غامض ودقيق في نفسه ، وهو من صغريات المسألة المعروفة « بالاصل المثبت » عند علماء الجامعة النجفية ، وقد امضيت اشهراً في دراستها عند الاساتذة ، واعتقد انها مع المسألة المعروفة « بالشبهة المصداقية » ومسألة « قاعدة اليقين » من جملة ما انفردت به جامعة النجف الاشرف ، وقد كتبت عن هذه الثلاث مقالا مطولا بعنوان – اصول الفقه بين القديم والجديد – في مجلة رسالة الاسلام المصرية لدار التقريب عدد رمضان سنة ١٣٦٩ هـ .

« لو فرض اندفاع الغرر بغير التقدير كفى ، كما اذا كان للمتبايعين حدس قوي بالمقدار يندر تخلفه عن الواقع ، وكما اذا كان المبيع قليلاً لم يتعارف وضع الميزان لمثله ، كما لو دفع فلساً ، واراد به دهناً ، فان الميزان لا يوضع لمثله ، فيجوز بما تراضيا عليه من التخمين » .

فالمهم — اذن — هو رفع الغرر ، حتى ولو كان عن طريق الحدس والتخمين ، اما الروايات الواردة عن اهل البيت (ع) في هذا الباب فانها لم ترد لتأسيس اصل شرعي في ان هذا النوع يباع كيلاً ، وذاك يباع عدا ، وبان الذوق والشم في اشياء دون اشياء ، فان جميع روايات هذا الباب قد جاءت لبيان اصل واحد لا غير ، وهو ان بيع الغرر محظور ، وان ما لا غرر فيه لا بأس به ، سواء ارتفع الغرر بالمشاهدة ، او الوزن او الكيل ، او الوصف ، بل حتى بالحدس والتخمين — كما قال الشيخ الانصاري — ولا ادل على ذلك من قول الامام الصادق (ع) : « لا يحل للرجل ان يبيع بصاع غير صاع اهل المصر » فانه ارشاد الى رفع الغرر ، لأن صاع اهل المصر معروف ، وصاع غيرهم مجهول ، ولو عرف صاع الغير لصح البيع به ، واي فقيه يمنع من البيع بغير صاع اهل المصر اذا علم المتبايعان بمقداره ، وتراضيا عليه ؟.

وبالاختصار ان المحظور هو بيع الغرر ، فاذا ارتفع بوسيلة من الوسائل فلا حظر .

البيض والبطيخ والجوز :

اذا تعذرت معرفة العين على حقيقتها الا بالكسر ، كالبيض والبطيخ والجوز ، فهل يجوز جعلها ثمناً ومثمناً مع الجهالة ، وتكون مستثناة من قاعدة « كل بيع غرري فهو غير جائز » ؟.

اتفق الفقهـــاء بشهادة صاحب الجواهر والمكاسب على ان الجهالة

تغتفر في ذلك ، ويصح معها البيع ، قال صاحب الجواهر : « لا اشكال في تحقيق الجهالة في هذا البيع ، ولكن للسيرة المستمرة في الاعصار والامصار على بيعه قلنا بجوازه واستثنائه من دليل الجهالة والغرر » وقال صاحب المكاسب : « يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار اجماعاً » .

والوجه في ذلك عند كثير من الفقهاء هو بناء العرف على ان الاشياء توجد سليمة بطبعها في الاعم الأغلب والفرد الفاسد نادر ، والنادر لا يقاس عليه ، والمتعاقدان يجريان البيع على هذا البناء .. وسواء اعتمد المتعاقدان على ظن السلامة او غيره ، فان الناس منذ القديم قد تبانوا على التسامح في هذه الجهالة ، حيث لا طريق الى رفعها — عندهم — وحيث لا تقوم المصلحة الا كذلك ، والله سبحانه لا يكلف الناس بما يشق عليهم .

ولكن صحة هذا البيع مع الجهالة لا تنفي الخيار لمن انتقلت اليه العين اذا تبين فسادها ، بل يثبت له خيار الارش ، دون الرد ، اما ثبوت الارش ، فلأن به يتدارك الضرر ، واما عدم الرد فلأن التصرف بالكسر يمنع من ارجاع العين الى صاحبها ، اجل لو عُرف العيب قبل الكسر بطريق من الطرق جاز الرد ، لأن العين ، والحال هذه ، ترجع الى صاحبها كما تسلمها منه المشتري . والمراد بالارش هو ان يدفع صاحب العين لمن انتقلت اليه التفاوت ما بين قيمتها صحيحة ، وقيمتها فاسدة .

واذا اشترط المشتري على البائع الرجوع عليه بالثمن لو تبين الفساد ، ورضي البائع بالشرط جاز ، كما ان البائع لو تبرأ من العيب ، وقبل المشتري صح ، لأن شراء المعيب جائز ، والاقدام عليه مع العلم به يسقط الخيار ، ولكن جماعة من الفقهاء المحققين ، ومنهم صاحب الجواهر والمكاسب قالوا : انما تجدي براءة البائع من العيب والفساد اذا كان لمكسور العين قيمة ، ولو زهيدة ، اما اذا لم يكن لها قيمة من رأس ،

وكان مآلها الى القمامة ، كالبيضة الفاسدة بعد كسرها ، اما هذه فلا تجدي البراءة منها نفعاً ، بل يقع البيع باطلاً ، ويحق للمشتري ان يرجع على البائع بالثمن كاملاً ، قال صاحب المكاسب : « ولو لم يكن للمكسور قيمة لخروجه بالكسر عن التمول بطل البيع وفاقاً لجماعة من كبار الفقهاء ، كشيخ الطائفة الطوسي ، والمحقق الحلي ، والعلامة وغيرهم » . وقال صاحب الجواهر : « ان البراءة من العيب تفيد اذا كان للمكسور قيمة ، والا فله الرجوع بالثمن ، وان تبرأ البائع من العيب ، لبطلان البيع المقتضي لرجوع الثمن الى مالكه ، والا كان اكلا للمال بالباطل ، وللثمن بلا مقابل » .

وتقول : انما يتحقق اكل المال بالباطل اذا كان بلا رضى من صاحبه ، والمفروض ان المشتري اقدم باختياره وملء ارادته على شرط البراءة من العيب ، ورضي بالبدل على تقدير الفساد .

ونجيب ان للانسان ان يهب امواله لمن يشاء ، ولكن هذا شيء ، وبيع ما لا قيمة له شيء آخر ، وسبق ان من شروط العوضين ان يكون كل منهما ذا قيمة ، وان ما لا قيمة له لا يجوز بيعه ، ومفروض مسألتنا ان المبيع لا قيمة له ، فلا يصح بيعه ، حتى مع التراضي والاختيار .

الحمل والصوف والظرف :

اجمع الفقهاء على ان الحمل منفرداً لا يصح جعله ثمناً ولا مثمناً ، لمكان الغرر ، ويجوز بيعه مع امه ، وعلى الاصح بيع امه الحامل .

اما بيع الصوف والشعر على ظهور الانعام فان المشهور بين الفقهاء عدم الجواز .

وقال جماعة من كبار المحققين ، منهم المفيد والعلامة والشهيد الثاني وابن ادريس والمحقق ، قالوا : يصح بيع الصوف والشعر قبل جزه ،

وان جهل الوزن ، تماماً كما يجوز بيع الثمرة على الشجرة ، ومما قاله الشهيد : لكن ينبغي الجز في الحال ، او شرط البقاء الى مدة معلومة .

وذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر والمكاسب الى انه يجوز بيع الزيت ، والسمن مع ظرفـه كل رطل بثمن معلوم ، على ان يطرح للظرف رطل او اكثر ، حسبما يتفق عليه الطرفان ، وتغتفر هنا الزيادة والنقيصة في الظرف ، قال رجل للامام الصادق (ع) : جعلت فداك نطرح من ظرف السمن والزيت لكل ظرف كذا رطلا ، فربما زاد ، وربمـا نقص ؟. قال : « اذا كان عن رضى منكم فلا بأس » . ويعرف هذا عند الفقهاء ببيع الاندار ، اي الاسقاط ، والمراد به قدر معين للظرف .

وايضاً اجاز المشهور ان يباع المظروف والظرف معاً عن كل رطل ثمن معلوم ، كما هو المعروف والمألوف اليوم من بيع الفواكه والخضار بصناديقها ، او بعض السلع المائعة والجافة بغلافها ، قال صاحب الجواهر : « والعلم بالجملة كاف عن معرفة الابعاض – اي الاجزاء – وان لم يكن المنضم – يريد الظرف – من الموزونات » .

والذي يستفاد من هذه الاقوال ، ومثلها كثير للفقهاء ، ان كل ما جرى عليه العرف من طرق المعرفة بالعوضين ، وتسامح الناس بالجهل به جائز غير محظور ، حتى ولو بيع لوحده جزافاً مع امكان العلم بمقداره تفصيلا من غير كسر ولا خراب ، كبيع الصوف على ظهور الغنم ، ولا شيء ادل واصدق على هذه الحقيقة من قول الامام الصادق : « اذا كان ذلك عن رضى منكم فلا بأس » .

شروط الانعقاد وشروط اللزوم :

يتحصل مما قدمنا ان الصيغة لا بد ان تكون واضحة الدلالة ، وان

يتوافق الايجاب والقبول على محل واحد ، وان المتعاقدين يعتبر فيهما العقل والبلوغ ، والقصد مع الاختيار ، والخلو من السفه ومرض الموت لو تصرف المريض فيما زاد عن الثلث ، وان العوضين يشترط فيهما المالية والملك المطلق ، والقدرة عليهما ، والعلم بهما .

ونشير الآن الى ان الاختيار والرشد والصحة في المتعاقد ليست شروطاً لانعقاد العقد ، واصل وجوده ، وانما هي شروط للزوم العقد ونفاذه ، فان المكره يتم منه العقد ، ولكنه لا يصير لازماً الا اذا رضي بعد الاكراه . وكذا السفيه يصح منه العقد ، ولا يلزم الا باجازة الولي . ومثله عقد المريض مرض الموت فان نفاذه يتوقف على اجازة الورثة لو تصرف فيما زاد عن الثلث .. وايضاً الملك المطلق في الثمن والمثمن شرط للزوم العقد ، لا لانعقاده — في بعض الحالات — فالفضولي يصح منه العقد ، ولا يلزم الا باجازة المالك . وكذا الراهن يصح عقده وينفذ باجازة المرتهن ، اما بيع الوقف ، مع عدم المسوغ فانه باطل من الأساس .

وما عدا الارادة والرشد والصحة والملك المطلق من الشروط فهو شرط لانعقاد العقد ، سواء اكان من شروط الصيغة ، او المتعاقدين ، او العوضين ، فاذا انتفى واحد منها بطل العقد من الأساس ، وتخلفت عنه جميع الأحكام .. واذا تمت الشروط بكاملها كان عقد البيع لازماً الا اذا اقترن باحد الخيارات التي سنتكلم عنها في الفصل التالي :

النهي عن المعاملات :

اشتهر على الألسن ان النهي عن العبادات يدل على الفساد ، دون المعاملات ، والحق ان النهي يدل بالمطابقة على التحريم فقط ، ولا يدل بنفسه على الفساد ، لا في العبادات ، ولا في المعاملات ، فاذا قال لك

الشارع : لا تزل النجاسة بالماء المغصوب ، ولا تذبح شاة الغير ، ولا تقطع رأس الذبيحة حين الذبح ، ثم خالفت ، فغسلت النجاسة بالمغصوب ، وذبحت شاة الغير ، وقطعت رأس الذبيحة عند الذبح ، فان الثوب يطهر ، ولحم الشاة لا يحرم ، وان كنت آثماً بالعصيان ، وتعرضت لغضب الله وعقابه ، واذا لم يدل النهي على الفساد من غير قرينة في مورد واحد فلا يدل عليه في كل مورد بلا قرينـــة ، عبادة كان او غيرها .

اجل ، ان تحريم الشيء ، اي شيء يستدعي ان يكون مكروهـــاً ومرغوباً عنه ، ولا يصح عقلا التعبد لله سبحانه بما يكره ويبغض ، لانه جل وعز لا يطاع من حيث يعصى ، وعليه فلا تكون العبادة المنهي عنها مقبولة لديه تعالى ، ولا معنى لفساد العبادة الا هذا . ومنه يتضح ان دلالة النهي على فساد العبادة جاءت بتوسط العقل ، وحكمــه بأن المبغوض لا يمكن التقرب به الى الله ، اما النهي عن المعاملة فلا يدل على الفساد لا بنفسه ولا بالواسطة ، ولعل هذا مراد من قال : ان النهي عن العبادات يدل على الفساد ، دون المعاملات .

غير ان الشارع كثيراً ما ينهى عن المعاملة ارشاداً الى انها غير مشروعة من الأساس ، كبيع الحصاة [1] او الى انها تفقد شرطاً من الشروط ، كبيع المجنون ، والصبي غير المميز ، او الى ان العين ليست اهلاً للتمليك والتملك ، كالخمر والخنزير ، وما الى ذاك مما لا يترتب عليه الأثر ، لعدم استيفاء الشروط وتوافرها . وبتعبير ثان ان الشارع قد ينهى عن المعاملة الفاسدة التي نشأ فسادها من امر آخر غير النهي ، ولذا اتفق الفقهاء كلمة واحدة على ان المعاملة التي تتوافر فيها جميع الشروط

---

١ – وهو ان يقول المشتري : اي ثوب وقعت عليه الحصاة التي ارمي فهو لي ، كما كان يفعل اهل الجاهلية .

تؤثر أثرها ، ولا يتخلف عنها حكم من احكامها ، حتى ولو نهى عنها الشارع لسبب خارجي ، كالنهي عن البيع حين النداء لصلاة الجمعة ، اجل ، يكون المباشر عاصياً مستحقاً للوم والعقاب ، لمخالفة النهي .

وبالاختصار ان صيغة النهي من حيث هي لا تدل الا على التحريم والقبح ومعصية من خالف ، ولم يمتثل ، وهذا شيء ، وسلب التأثير عن الفعل او القول شيء آخر ، ولكن لما كان تحريم الشيء يمنع من التقرب به الى الله سبحانه بطلت العبادة المنهي عنها لذلك ، لا لأن النهي عنها دل على بطلانها بالذات ، اما المعاملة فليس الغرض منها التقرب الى الله ، ولذا تبقى سبباً للتأثير والافادة حين النهي ، كما كانت قبله :

النجش :

النجش لغة الزيادة ، والمراد به هنا ان يتواطأ صاحب السلعة مع آخر على ان يزيد امام الناس ، ويدفع ثمناً كثيراً يوهم الناظر انه يريد الشراء ، ليرغب ويزيد ، واتفق الفقهاء على تحريم ذلك ، وقال صاحب الجواهر : انها غش وخديعة وتدليس ، واغراء بالجهل ، واضرار ، وجاء في الحديث لُعن الناخش والمنخوش ، اي الكذوب والمفتعل .

وقال الفقهاء : لو اشترى الناظر صح البيع ، لأن النهي تعلق بأمر خارج عن حقيقة المعاملة ، ولكن له الخيار مع الغبن ، وقال ابن الجنيد : المعاملة باطلة من رأس .

الاحتكار

تحريمه عقلاً وشرعاً :

اتفق المسلمون كافة على تحريم الاحتكار ، كفكرة للنص ، و «القبح العقلي المستفاد من ترتب الضرر على المسلمين ، وكون الحرص مذموماً عقلاً ، ومنافاته للمروءة ، ورقة القلب المأمور بهما » كما قال صاحب الجواهر .

لقد فرّع شيخ الطائفة في عصره مبادىء دينية ، واحكاماً شرعية ، على المروءة ورقة القلب كتحريم الاحتكار ، وتوفي هذا الشيخ العظيم سنة ١٢٦٦ هـ ، حيث لا قنبلة ذرية ولا هيدروجينية ، ولا اسلحة جهنمية ... ووددت لـو يعيش في هذا العصر ليرى « المروءة ورقة القلب » عند الغرب المستعمر ..

وبغض النظر عن المروءة ورقة القلب فان لدينا اكثر من قاعدة شرعية توجب تحريم الاحتكار ، منها : لا ضرر ولا ضرار ، ودفع المفسدة

اولى من جلب المصلحة ، بخاصة اذا كانت المفسدة عامة ، والمصلحة فردية ، والأهم مقدّم على المهم ، ان كان هنـاك مهم ، ووجوب الاحتفاظ بالنفس المحترمة ، قال صاحب المسالك المعروف بالشهيد الثاني ، باب الاطعمة والأشربة : « ان كان المضطر الى الطعام قـادراً على المحتكر قاتله ، فان قتل المضطر كان مظلوماً ، وان قتل صاحب الطعام فدمه هدر » .. ومنها كل ما كان سبباً تاماً للحرام فهو حرام ، وقد اثبتت التجارب والأيام ان الاحتكار سبب تام للاستعمار والحروب ، واستعباد الشعوب ، وازهاق الارواح بالملايين ، واشاعة الرعب والخوف في النفوس [1] واختلال الأمن والنظام ، وللكذب والتزوير ، والافتراء على الأبرياء ، وايقاظ الفتن ، وبث النعرات الطائفية ، والتفرقة العنصرية ، ولسيطرة السفلة والخونة ، وتحكمهم بالبلاد والعباد ، ولتحريف الشرعية ، وادخال البدع في الدين ، واظهار الاسلام والمسلمين بأقبح الصور عن طريق المستأجَرين والانتهازيين الذين اندسوا بين المعمّمين . وايضاً الاحتكار سبب لانفاق المقدرات والأقوات على آلات الخراب والدمار ، وحرمان المعوزين من اشياء الحياة واسبابها ، الى غير ذلك كثير مما شاهدنا وقاسينا من عنائه وويلاته ..

اما النصوص الشرعية فقد تجاوزت حد التواتر من طريق السنة والشيعة ، منها ما روي عن النبي (ص) انه نهى عن ان يحتكر الطعام .. وان من احتكر لم يمت حتى يضربه الله بالجـذام ، او الافـلاس .. وان في جهنم وادٍ خاص بالمحتكرين ، ومدمني الخمر ، والقوادين .. ومنهـا

---

١ - قرأت اليوم في جريدة الاخبار المصرية تاريخ ٩ - ٦ - ١٩٦٥ ان رصيد المخزون النووي يكفي لتدمير كوكبنا ، وان المخصص من هذا المخزون لكل انسان على وجه الارض اكثر من ٨٠ طناً من المواد المتفجرة .. مع العلم بأن ثلثي البشرية الآن فريسة الجوع والمرض والتخلف .

قول الرسول الاعظم (ص) : ان جالب الطعام مرزوق ، والمحتكر ملعون .. وفي هذا الحديث دلالة واضحة على ان من يستورد ما تحتاجه الناس ، للتيسير عليهم فهو الغني عند الله حقاً ، واما المحتكر فهو الخسيس اللئيم .

ومنها قول الامام الباقر ابي الامام الصادق (ع) : ان رسول الله قال : ايما رجل اشترى طعاماً ، فحبسه اربعين صباحاً ، يريد الغلاء، ثم باعه ، وتصدق بثمنه لم يكن كفارة لما صنع .. وبهذا يتضح ان حكم المحتكرين الذين يغطون سوءاتهم بالبذل على الجهات العامة ، ان حكم هؤلاء عند الله ، تماماً كحكم مربية الايتام.. وجاء في نهج البلاغة ان الامام قال في عهده للاشتر : فمن قارف حكرة بعد نهيك اياه فنكل به في غير اسراف .. الى غير ذلك مما لا يبلغه الاحصاء .

كل ما تحتاجه الناس :

هل يحرم احتكار جميع ما تحتاجه الناس من مأكل وملبس ومشرب وأدوات ، او يختص التحريم بالطعام فقط ، او بنوع خاص منه ، كالحنطة والشعير والتمر والزبيب – كما قيل – ؟ .

والذي يظهر من صاحب الجواهر في كتاب التجارة : ان الفقهاء متفقون على تحريم احتكار كل شيء يضطر اليه الناس ، مهما كان نوعه، دون استثناء ، وانهم اختلفوا فيما لم تبلغ الحاجة اليه حد الاضطرار ، وهذه عبارته بالحرف : « الاحتكار محرم في كل جنس لكل ما تحتاجه النفوس المحترمة ، ويضطرون اليه ، ولا مندوحة لهم عنه من مأكول، او مشروب ، او ملبوس او غيره ، من غير تقييد بزمان دون زمان،

ولا اعيان دون اعيان ، ولا انتقال بعقد ، ولا تحديد بحد بعد فرض حصول الاضطرار ، بل الظاهر تسعيره حينئذ بما يكون مقدوراً للطالبين- يريد المستهلكين - اذا تجاوز المحتكر الحد في الثمن ، بل لا يبعد حرمة قصد الاضرار بحصول الغلاء ، ولو مع عدم حاجة النــاس ، ووفور الأشياء ، بل قد يقال بالتحريم بمجرد قصد الغلاء ، وحبه وان لم يقصد الاضرار - انتبه لقوله بمجرد قصد الغلاء وحبه الذي يقتضي ان كل من لديه شيء ، وأحب ارتفاع ثمنه فقد ارتكب محرماً . ثم قال صاحب الجواهر - وانما الكلام ، اي الاختلاف بين الفقهاء ، في حبس الطعام انتظاراً به غلو السعر من اجناس التجارة ، مع حاجة الناس ، وعدم وصولهم الى حد الاضطرار » .

ومعنى هذا انه متى بلغت الحاجة حد الاضطـــرار الى الشيء حرم احتكاره ، مهما كان نوع ذلك الشيء ، اما اذا لم تبلغ الحـــاجة حد الاضطرار فقد اختلف الفقهاء في انه . هل يحرم احتكار كل شيء تحتاجه الناس ، او ان المحرم هو احتكار الطعام فقط ، او نوع خاص منه كالحنطة والشعير والتمر والزبيب ، كما قيل بأن هذه يحرم احتكارها اطلاقاً ، حتى مع عدم الاضطرار اليها ، امـــا غيرها فيحرم احتكاره مع الاضطرار ..

والحق ان الاحتكار حرام من حيث هو ، كمبدأ عام ، وقاعدة كلية ، تماماً كالربا ، لا لشيء الا لمجرد حاجة الناس الى الشيء المحتكر ، سواء أبلغت الحاجة حد الضرورة ، ام لم تبلغ هذا الحد ، امـــا ذكر الحنطـــة والشعير ، والتمر والزبيب ، والزيت في بعض روايات اهل البيت (ع) فانه منزل على الغالب ، وشدة الحاجة الى هذه في ذلك العصر ، ولا يصلح ذكرها ابداً لتقييد القاعدة العامة التي ثبتت بالأدلة القطعية المشار الى طرف منها آنفاً .. بل ان بعض الروايات صريحة في ذلك ، فقد روى الحلبي عن الامام الصادق (ع) انه قال : ان كان في المصر طعام

غيره فلا بأس .. وفي رواية صحيحة اخرى انه قال : ان كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس .. ومعنى هذا انه اذا تضـايق الناس ففي الاحتكار بأس . وجاء في كتاب المكاسب ان الشيخ الطوسي المعروف بشيخ الطائفة ، والقاضي وصاحب الوسيلة ، وصاحب الدروس قالوا : إن الأظهر أن تحريم الاحتكار ، مع حاجة الناس ، أي ان علة التحريم هي حاجة الناس من حيث هي ، ثم قال صاحب المكاسب معلقاً على ذلك : « فهو جيد » .

ونقول نحن للفقهاء الذين خصصوا تحريم الاحتكار بالحنطة والشعير ، والتمر والزبيب ، نقول لهم : يلزمكم على هذا ان احتكار النفط والكهرباء غير محرم ، مع العلم بأن الحياة اليوم تستحيل بدونهما .. وايضاً يلزمكم ان يكون احتكار السلاح ومنعه عمن يريد الدفاع عن نفسه حلال لا بأس به .. ثم أي ضرر اليوم في احتكـار التمر والزبيب ؟ .. واعتقد ان المستعمر لو اطلع على هذه الفتوى لركع لها وسجد ، وكتبها بأحرف من نور ، واشاعها واذاعها في كل قطر ، ما دامت تحرم عليه احتكار التمر والزبيب ، وتبيح له احتكار الحديد والفولاذ ، والذهب الاسود والاصفر .. وبالتالي ، فان الجمود على حرفية النص في مثل هذه الموارد هو طعن في الدين ، وشريعة سيد المرسلين .

الاجبار والتسعير :

اتفق الفقهاء كلمة واحدة على ان للحاكم ونائبه وعدول المسلمين ، مع تعذر الوصول الى الحاكم ، ان يجبر المحتكر على عرض سلعته في الاسواق. ويشهد له ما جاء عن الامام الصادق (ع) ان الطعام نفذ في عهد رسول

الله (ص) ، فأتاه المسلمون ، وقالوا : يا رسول الله قد نفذ الطعام ، ولم يبق منه الا شيء عند فلان ، فمره يبع الناس ، فصعد المنبر ، وحمد الله ، وأثنى عليه ، ثم قال : يا فلان ان المسلمين ذكروا ان الطعام قد نفذ الا شيئاً عندك ، فاخرجه وبعه .

اما تسعير السلعة بما يراه الحاكم فقد نقل الشيخ الانصاري في المكاسب عن كتاب المقنعة ان للحاكم ان يسعر بما يراه من المصلحة ، وايضاً نقل صاحب المكاسب عن العلامة وولده فخر المحققين والشهيد ان الحاكم يسعر على المحتكر ، ان اجحف في الثمن ، لنفي الضرر . وقال صاحب الجواهر ما نصه بالحرف : « نعم ، لا يبعد رد المحتكر مع الاجحاف في الثمن ، كما عن ابن حمزة ، والفاضل ، والشهيد الثاني ، وغيرهم ، لنفي الضرر ، لأنه لولا ذلك لانتفت فائدة الاجبار ، إذ يجوز ان يطلب المحتكر ما لا يقدر الناس على بذله ، ويضر بحالهم ، والغرض رفع الضرر » .

ونحن لا نشك ان ولاية الحاكم العادل على حماية المصالح العامة ، ورعايتها تشمل التسعير بما فيه مصلحة الجميع البائع والمستهلك ، تماماً كما تشمل اجبار المحتكر على العرض ، والقول بأنها نشمل الولاية على الاجبار دون التسعير تحكم ، ما دام الهدف واحداً ، وهو دفع المفسدة ، وقد يستأنس لذلك بهذا الحديث : « مجاري الامور والاحكام بأيدي العلماء » .

ونختم هذا الفصل بما جاء في كتاب الوسائل من انه في احدى السنين انقطع الطعام عن المدينة المنورة ، وكان الناس يشترون طعامهم يوماً بيوم ، فقال الامام الصادق (ع) لبعض خدمه : كم عندنا من الطعام ؟ . قال : ما يكفينا اشهراً . قال : اخرجه ، وبعه . فقال الخادم : ليس في المدينة طعام . قال الامام : بعه . فلما باعه قال

له : اشترِ مع الناس يوماً بيوم .. وايضاً جاء في الوسائل ان اهل المدينة اصابهم قحط ، حتى ان الرجل الموسر كان يخلط الحنطة بالشعير ، ويأكله ، وكان عند الامام الصادق (ع) طعام جيد ، فقال لخادمه : اشترِ لنا شعيراً ، فاخلط بهذا الطعام ، وبع القمح ، فإنّا نكره ان نأكل جيداً ، ويأكل الناس رديئاً .. الله اعلم حيث يجعل رسالته ، وصلى الله على النبي وآله الأبرار الأطهار .

خيار المجلس

معنى الخيار :

معنى الخيار في اللغة ، اذا قلت لآخر : لك الخيار فان معناه اختر لنفسك ما تحب ، وهذا المعنى هو الاصل لقول الفقهاء : ان الخيار ملك امضاء العقد ، وفسخه بالقول او بالفعل .. والحكمة من الخيار افساح المجال للمتعاقد ليتروى ويتدبر مدة الخيار ، ويفعل ما يراه خيراً له ، ومن الخيار ما يثبت باشتراط المتعاقدين ، كخيار الشرط ، ومنها ما يثبت بحكم الشارع ، كخيار الحيوان والعيب .

والخيارات كثيرة ومتنوعة ، وقد انهاها بعض الفقهاء الى اربعة عشر خياراً ، وقال الشيخ الانصاري : « والمجتمع في كل كتاب سبعة ، ونحن نقتفي اثر المقتصر على السبعة ، لأن ما عداها لا يستحق عنواناً مستقلاً ، اذ ليس له احكام مغايرة لسائر انواع الخيار » .

وكذلك نحن نقتفي اثر هذا الشيخ الجليل ، والسبعة التي ذكرها هي : خيار المجلس ، والحيوان ، والشرط ، والغبن ، والتأخير ، والرؤية ، والعيب .

لزوم البيع لولا الخيار :

من تتبع الأدلة الشرعية ، واقوال الفقهاء يتضح له ان العقـد على انواع ثلاثة : الأول : لا يقبل الخيار والاقالة بحال ، كعقد الزواج . الثاني : جائز من غير خيار ، ولو اشترط فيه اللزوم لكان الشرط لغواً ، كالعارية . الثالث ، بين الاثنين يقبل الجواز واللزوم معاً ، ولكن الأصل فيه اللزوم ، ولا يخرج عن هذا الأصل الى الجواز الا بدليل ، كعقد البيع .

وذكر الشيخ الانصاري للزوم اربعة معانٍ ، منها « ان وضع البيع وبناءه شرعاً وعرفاً على اللزوم ، وصيرورة المالك كالأجنبي » . وقال السيد اليزدي معلقاً على ذلك : « الانصاف ان هذا الوجه احسن الوجوه واتمها ، ومحصله ان بناء البيع على اللزوم ، فاذا ورد دليل الامضاء كفى » .

والمراد بدليل الأمضاء الذي اشار اليه السيد قوله تعالى : « اوفوا بالعقود » حيث دل على وجوب الوفاء بجميع العقود ، ومنها عقد البيع وهذا الوجوب ، وان كان حكماً تكليفياً فانه يستدعي الحكم الوضعي ، وهو فساد الفسخ من احد المتعاقدين دون رضا الآخر .

وقال قائل : ان آية اوفوا بالعقود لا تدل على اللزوم ، وانما هي توجب العمل بما يقتضيه العقد ان لازماً فلازم ، وان جائزاً فجائز ، تماماً كما اذا قيل : اطع الأحكام الشرعية ، اي يجب ان تعمل بما تستدعيه الأحكام وجوباً او استحباباً .

الجواب :

ان الذي يدل عليه عقد البيع ـ مثلاً ـ هو انتقال المثمن الى المشتري ، والثمن الى البائع لا غير ، اما ان هذا الانتقال قد حصل على نحو اللزوم ، او على نحو الجواز فاجنبي عن دلالة العقد واقتضائه ، وانما يتعين احدهما ،

ويستفاد من دليل خارج عن العقد ، واعني بالدليل الخارج عن العقد تباني العرف ، واقرار الشرع لهذا التباني ، والذي لا شك فيه ان العرف قد تبانى على ان احكام عقد البيع لازمة له ، واحكام عقد العارية — مثلا — جائزة ، وايضاً ليس من شك ان الشارع قد امضى هذا التباني ، واذا كان العقد لا يقتضي جوازاً ولا لزوماً فلا يبقى موضوع للقول بأن اوفوا بالعقـــود معناه اعملوا بما يقتضيه العقد من اللزوم والجواز ، بل معناه التزم وفِ بمدلول العقد ، وفرق كبير بين قولنا : اللزوم بنفسه منشأ بالعقد ، وبين قولنا : التزم بالمعنى المنشأ بالعقد .

اتحاد المجلس :

يطلق اتحاد المجلس على معنيين : احدهما ان يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد ، بحيث لا يكون الموجب في مكان ، والقابل في مكان آخر . الثاني : ان المجلس الذي تم فيه التعاقد بين المتعاقدين لم ينفض بعد بمفارقة احدهما للآخر ، وهذا المعنى هو المقصود بالبحث هنا ، اما المعنى الأول فلا شأن لفقهاء المذهب الجعفري به الا من حيث اتصال القبول بالايجاب ، ووجوب الموالاة بينهما باعتبارهما شطري العقد تحفظاً من عدم وجود احدهما عند وجود الآخر ، وهذا يدخل في شروط العقد التي سبق الكلام عنها ، ولا علاقة له بالخيارات .

وليس المراد باتحاد المجلس حصول الايجاب والقبول في مكان واحد فقط ، وان كان هذا هو الغالب ، بل المراد به ما يعم ذلك ، وهو بقاء كل من الموجب والقابل في نفس المكان الذي جرى فيه العقد ، فلو افترض ان كلا منهما في مكان ، وتفاهما تفاهماً تاماً بالهاتف او بغيره كان اتحـاد المجلس هنا بقاء كلٍ في مكانه ، فان تركه الى غيره حصل التعدد ، ولم يبق للخيار من موضوع .

واذا اكرها ، او احدهما على التفريق يبقى الخيار ، لانهما فرّقا ، ولم يفترقا ، اجل ، اذا طال امد الفرقة الجبرية ، بحيث يعلم انهما لا يمكثان عادة في مجلس العقد اكثر من الامد المنصرم يبطل الاتحاد بعد هذا الأمد التقديري .

الدليل :

الأصل لهذا الخيار الحديث المشهور : « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » . قال الشهيد الثاني في المسالك : « هذا الحديث اوضح دلالة من عبارة الفقهاء » .

وقال الامام الصادق (ع) : ايما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار ، ما لم يفترقا ، فان افترقا فقد وجب البيع .

وقال صاحب الجواهر : « الاجماع على ذلك متحقق ، والنصوص مستفيضة او متواترة » . [1]

الوكيل :

لا ريب ان خيار المجلس يثبت للأصيل والولي ، وهل يثبت للوكيل ايضاً ؟.

الجواب :

لا بد قبل الحكم من النظر الى محل الوكالة ، فان كان قد جرى التفاوض ، وتم الاتفاق مبدئياً بين البائع والمشتري على كل شيء ، ولم

---

١ – النص المتواتر هو الذي ترويه جماعة يمتنع اتفاقهم على الكذب عادة ، اما النص المستفيض فهو للذي تكثر رواته ، ولا يبلغ حد التواتر ، بل يبقى من اقسام الخبر الواحد .

تبق الا الشكليات فقط من اجراء الصيغة ، وما اليه ، فوكل كل منهما ، او احدهما من ان يقوم بهذه الشكليات ، ان كان كذلك فلا يثبت الخيار للوكيل ، اذ لا يصدق عليه انه بائع ومشترٍ ، بل هو آلة او شبيه بها .

وان كان محل الوكالة التصرفات الأساسية ، كالتفاوض ، وتحديد الثمن وتعيين الشروط ، وما الى هذا مما تختلف فيه الرغبات ، ان كان كذلك يثبت الخيار للوكيل ، لأنه ، والحال هذه ، تماماً كالأصيل ، ويصدق عليه حقيقة حديث « البيعان » .. وبالايجاز ان المعيار الأساسي لمن يثبت له هذا الخيار ان يكون مصداقاً لهذا الحديث ، اصيلاً كان ، او وكيلا .

بقية العقود :

قال الشيخ الانصاري : « لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا ، كما في كتاب التذكرة » .

اما العقود الجائزة فلا معنى لخيار المجلس فيها ، ولا لغيره ، ما دام لكل من المتعاقدين عدم الالتزام بحكم العقد ، فالخيار — اذن — لا يزيدها شيئاً عن اصلها ، وبكلمة ان محل الخيار هو العقد الذي من شأنه اللزوم لولا الخيار .

واما العقود اللازمة — غير البيع — فلأن خيار المجلس خلاف الأصل ، وقد خرجنا عن هذا الأصل لوجود الدليل ، وحديث « البيعان » يقتصر على البيع ، لأنه المتيقن ، اجل ، انه يعم جميع اقسام البيع من الصرف والسلم ، والمرابحة والتولية والمواضعة ، والنسيئة ، ويأتي الكلام عن كل هذه العناوين في محلها .

موجبات السقوط :

ويسقط هذا الخيار بالموجبات التالية :

١ — افتراق احد المتبايعين عن صاحبه ، ولو بخطوة واحدة ، بحيث

ينتفي معها اتحاد المجلس .. بداهة ان الاحكام تتبع الأسماء ، والاسماء تتبع معانيهـا المعروفة بين الناس ، وقد روي عن الامام ابي جعفر الصادق (ع) انه قال : بايعت رجلاً ، فلما بعته قمت ، ومشيت خطى ، ثم رجعت الى المجلس ، ليجب البيع حيث افترقنا .

٢ – اشتراط سقوطه في ضمن العقد نحو ان يقول البائع للمشتري : بعتك على ان لا يكون لك خيار المجلس ، او يقوله المشتري للبائع ، او ما يجري مجرى هذا القول ، مما يدل على الاشتراط بصراحة ووضوح ، وحينئذ يسقط هذا الخيار ، لأنه من الحقوق التي تسقط بالاسقاط ، والاجماع على ذلك ، والنص ، وهو حديث : « المؤمنون عند شروطهم » .

وقال قائل : ان هذا الشرط باطل ، لأنه يتنافى مع طبيعة العقد المقتضية للخيار ، ومع السنة الموجبة له ، وهي حديث « البيعان » . ومعلوم ان كل شرط خالف طبيعة العقد ، او كتاب الله ، وسنة نبيه فهو لغو .

ونجيب بأن اشتراط سقوط هذا الخيار لا يتنافى مع طبيعة العقد ، كما انه على وفق السنة ، وذلك ان العقد من حيث هو لا يستدعي خيار المجلس ، ولا غيره من الخيارات ، لأن الخيار حكم شرعي يستخرج من الأدلة الشرعية ، وقد استخرجنا خيار المجلس من حديث « البيعان » واذا عطفنا عليه حديث « المؤمنون عند شروطهم » ، وجمعناهما في كلام واحد كان المعنى هكذا : « البيعان بالخيار الا اذا تراضيا على عدم الخيـار » ، تماماً كما لو قال الشارع : صم ، ثم قال : لا ضرر ولا اضرار ، فان معنى الجملتين معاً يجب عليك الصوم حيث لا يضر بك ، وبهذا نجد تفسير قول الفقهاء : ادلة الشروط حاكمة ومقدمة على ادلة الأحكام .

وبتعبير غامض الا عند اهل الفن ان هذا الشرط يتنافى مع العقد

المطلق ، لا مع مطلق العقد [1] .

واتفقوا قولاً واحداً بشهادة صاحب الجواهر والمكاسب على ان المتبايعين اذا انشأ العقد مطلقاً من غير قيد ، وبعد انعقاده وتمامه تراضياً على اسقاط خيار المجلس ، صح ، وسقط الخيار ، لأنه حق لهما ، ولكل ذي حق اسقاط حقه ، ولو اسقطه احدهما دون الآخر سقط حق من اسقط ، وبقي حق من لم يسقط ، لعدم ارتباط احد الحقين بالآخر .

واختلف الفقهاء فيما اذا أسقط كل منهما او احدهما حقه في هذا الخيار عند المفاوضة ، وقبل انشاء العقد ، ثم انشأه مجرداً عن الشرط .

فذهب المشهور بشهادة الشيخ الانصاري الى ان هذا الاتفاق لا يجب العمل به « لأنه وعد بالتزام ، والتزامي تبرعي لا يجب الوفاء به » .

وذهب جماعة ، منهم الشيخ الطوسي ، والقاضي – على ما نقل عنهما – والسيد اليزدي الى وجوب الوفاء ، تماماً كما لو كان في ضمن العقد ، قال هذا السيد في حاشيته على المكاسب : « اما كونه وعداً فممنوع ، لأن المتعاقدين لم يقصدا الوعد ، كما هو الفرض ، وانما قصدا انشاء سقوط هذا الخيار ، واما كونه التزاماً تبرعياً فممنوع كذلك ، ونحن نقول : يجب الوفاء ، لعموم المؤمنون عند شروطهم » .

وهو الحق ، لأن العبرة بانشاء القصد ، أي قصد عدم الخيار هنا ، وقد عبرا عن ذلك بصراحة ، اما ان يكون هذا التعبير مقارناً للعقد فليس بشرط ، بل يؤثر اثره مع التقديم ، كما يؤثر مع التأخير والمقارنة ، ويأتي مزيد من التوضيح عند الكلام عن الشروط واحكامها ، وبناء العقد عليها .

---

١ – مطلق العقد هو القاسم المشترك الشامل لجميع انواع العقود واقسامها ، ومنها العقد المجرد عن كل قيد – وهو العقد المطلق – ومنها العقد المقيد ، فالمقيد قسيم المطلق ، وكل منهما قسم وفرد لمطلق العقد ، ومن هنا صح ان نقول : العقد المقيد لا يتنافى مع مطلق العقد ، لأنه من اقسامه وافراده ، ويتنافى مع العقد المطلق ، لأنه قسيم له .

٣ ـ اذا تصرف البائع بالثمن ، او المشتّري بالمثمن تصرفاً يدل في نظر العرف على الرضا فلا يحق للمتصرف ان يفسخ ، وان لم يفترقا ، لأن معنى الخيار ان يختار امضاء العقد ، او فسخه ـ كما قدمنا ـ ولا فرق بين ان يختار ذلك بالقول ، او يختاره بالفعل ، قال الامام الصادق (ع) : خيار الحيوان ثلاثة ايام للمشتري ، اشترط ذلك ، او لم يشترط ، فان احدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل ثلاثة ايام فذلك رضاً منه .

فقوله : « فذلك رضاً منه » دليل عام ، وقاعدة كلية ان كل تصرف يدل على الرضا بالعقد فهو مسقط للخيار ، سواء أكان خيار الحيوان ، او المجلس او غيرهما ، وللحديث عن التصرف بقية ، تأتي في اثناء الكلام عن سائر الخيارات .

خيار الحيوان

الحيوان :

المراد بالحيوان كل ما يصدق عليه هذا الاسم عند العرف ، فيعم الحيوانات التي تمشي على أربع ،والطيور بشتى انواعها ، ولا تشمل السمك، وما اليه ، لانصراف لفظ الحيوان عنه ، ولأن المقصود من شرائه هو لحمه ، لا اقتناؤه ، وايضاً لا يشمل الحيوان الكلي ، بل يختص بالحيوان المعين في الخارج ، فمن اشترى حيواناً في ذمة غيره بأوصاف معينة لا يدخل في هذا الخيار .

الدليل :

اتفقوا كلمة واحدة على ان خيار الحيوان ثلاثة ايام ، ولا خيار بعدها ، وذهب المشهور بشهادة صاحب المقاييس الى ان زمن الخيار يبتدىء من حين العقد ، لا من افتراق المتبايعين ، وعلى هذا يجتمع في بيع الحيوان سببان : احدهما خيار الحيوان ، والثاني خيار المجلس ، ولا محذور فيه .

واذا مات الحيوان اثناء مدة الخيار فمن مال البائع ، حتى ولو كان في يد المشتري ، لقاعدة « تلف المبيع في مدة الخيار من مال من لا خيار له » .

اما الاصل لهذا الخيار فروايات كثر عن اهل البيت (ع) :

« منها » : في الحيوان كله شرط ثلاثة ايام للمشتري ، وهو فيها بالخيار ، اشترط ، او لم يشترط .

و « منها » : صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام .

و « منها » : ان رجلاً سأل الامام (ع) عمن يشتري الدابة ، فتموت ، او يحدث فيها حدث .. على من ضمان ذلك ؟ . قال : على البائع ، حتى تنقضي ثلاثة ايام .

و « منها » المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان .

و « منها » : ان رجلاً سأله عمن اشترى جارية لمن الخيار ، للمشتري ، او للبائع ، او لهما ؟ . قال : الخيار لمن اشترى ، ثلاثة ايام نظرة ، فاذا مضت فقد وجب البيع . قال السائل : أرأيت ان قبلها المشتري ، او لامس ، او نظر فيها الى ما يحرم على غيره ؟ . قال الامام : اذا قبل او لامس فقد انقضى الشرط ولزمه .

صاحب الخيار :

ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر والمكاسب الى ان هذا الخيار يختص بالمشتري فقط ، واذا كان كل من الثمن والمثمن حيواناً فالمشتري هو القابل ، والبائع هو الموجب .. وقال الشيخ الانصاري : «لا محيص عن قول المشتري» اي عن اختصاص خيار الحيوان بالمشتري دون البائع ،

لعموم اوفوا بالعقود ، ولأن الأصل عدم تأثير فسخ البائع ، ولأن الروايات التي ذكرت المشتري اكثر من الروايات التي يوهم ظاهرها ثبوت الخيار للبائع ايضاً .

والحق ان الخيار يثبت لمن انتقل اليه الحيوان مثمناً كان او ثمناً ، لأن المعاملات لا تعبد فيها ، ومصلحتها ظاهرة — في الغالب — وهي هنا اختبار الحيوان ، والتعرف على عيوبه مدة الخيار ، فان اكثر عيوب الحيوانات تخفى ، ولا تظهر الا بعد التجربة ، وقول الامام الصادق (ع) المتقدم : « ثلاثة ايام نظرة » يومىء الى ذلك ، بل ان قوله : « صاحب الحيوان بالخيار » ظاهر في الشمول للبائع والمشتري، اما تخصيص المشتري بالذكر في كثير من الروايات فمنزل على الغالب ، لأن الغالب ان يكون الحيوان مثمناً لا ثمناً .

وبالتالي ، فان الجمود على حرفية النص يجب في العبادات ، سواء أعرفنا المصلحة منها ، ام لم نعرف ، اما في المعاملات فينبغي التوفيق القريب بين النص والمصلحة المعلومة .

موجبات السقوط :

يسقط هذا الخيار بالموجبات التالية :

١ — اشتراط سقوطه في العقد ، لعموم : « المؤمنون عند شروطهم » .

٢ — اذا أسقط كل منهما او احدهما هذا الخيار بعد العقد ، لأنه حق لصاحبه ، فمتى اسقطه سقط .

٣ — التصرف الدال على الرضا بالعقد وامضائه ، حسبما تقدم في خيار المجلس ، فقد سئل الامام الصادق (ع) عن رجل اشترى من من آخر دابة ، فأحدث فيها حدثاً من اخذ الحافر ، او نقلها ، او ركبها فراسخ ، فهل له ان يردها في الثلاثة ايام التي فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها ، او الركوب الذي ركبها ؟ . قال الامام : اذا احدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء . وتقدم معنا انه قال : « اذا لمس الجارية او نظر فقد انقضى الشرط » .. « وذلك رضا منه » .. وكل ما خالف هذا النص فهو شاذ متروك .

مسائل :

١ — اذا استوفى المشتري نماء الحيوان مدة الخيار ، ثم فسخ ، فعليه ان يرجع معه بدل ما استوفاه من النماء ، فقد سئل الامام الصادق (ع) عن رجل اشترى شاة ، فامسكها ثلاثة ايام ، ثم ردها ؟ . قال: ان كان في تلك الثلاثة ايام يشرب لبنها رد معها ثلاثة امداد ، وان لم يكن لها لبن فليس عليه شيء .

٢ — ان خيار الحيوان يجري في البيع فقط ، دون غيره ، فلو كان الحيوان محلاً لعقد المصالحة ، او بدلاً عن الاجارة فلا خيار له ، لأن الخيار على خلاف القاعدة ، فيختصر فيه على مورد النص ، وهو البيع فقط .

٣ — اذا باع ثوباً وحيواناً بثمن واحد يثبت الخيار بخصوص الحيوان ، واذا فسخ المشتري كان للبائع حق الخيار في الفسخ ، لتبعيض الصفقة .

٤ – يثبت هذا الخيار في بيـع الحيوان كله او بعضه ، كالنصف والثلث ، او الأقل او الأكثر ، لأن الروايات مطلقة تشمل الكل والبعض.

وهذا المقدار كافٍ وافٍ في الحديث عن الحيوانات واحكامها في عصرنا ، عصر الآلة والصناعة ، حيث لم تبق من حاجة اليها الآن كما كانت في السابق ، وعهد الفقهاء القدامى يوم كانت الحيوانات هي الوسيلة الى المواصلات ، وحرث الارض ، والطحن والحصاد ، وما اليه .

خيار الشرط

معناه :

معنى خيار الشرط ان يشترط احد المتعاقدين ، او كلاهما الخيار في فسخ العقد او امضائه امداً معيناً ، وبتعبير الشيخ الانصاري ان يثبت الخيار بسبب اشتراطه في العقد ، ومن هنا كان التعبير بشرط الخيار اولى من التعبير بخيار الشرط .

ومبدأ هذا الخيار من حين العقد ، لا حين افتراق المتبايعين ، ويجوز تأخيره عن العقد ، ولو بأيام . فلو قال احدهما لصاحبه بعد البيع ولزومه : جعلتك بالخيار مدة كذا ، وقال صاحبه : قبلت او ما في معنى ذلك يصح ويصير العقد جائزاً بعد ان كان لازماً اجل ، لا بد من تحديد مدة الخيار تحديداً يرفع الغرر ، ويُبعد الاشتباه المفضي الى التنازع والتشاجر .

واطلق الفقهاء القول بأنه لا تحديد لمدة الخيار قلة ولا كثرة ، فيجوز جعلها سنة وساعة ، والمهم هو الضبط والتعيين ، فلو جعلها مدة العمر ، او الى قدوم المسافر فلا يصح ، ويبطل البيع من الاساس .

وهذا بالقياس الى القلة صحيح ، اما بالقياس الى الكثرة فينبغي تحديدها

بما تتحمله طبيعة المبيعات ، ولا يعد في نظر العرف لغواً ، وعبثاً ، فالمدة التي ينبغي ان تحدد في شراء الفاكهة والبيض والخضار غير المدة التي تحدد في شراء الارض والدار بالبداهة .

الدليل :

وأصل هذا الخيار اجماع الفقهاء ، والنص ، قال الشيخ الانصاري : « لا خلاف في صحة هذا الشرط ، ولا في انه لا يتقدر بحد عندنا ، ونقل الاجماع عليه مستفيض » . وقال صاحب الجواهر : « خيار الشرط ثابت بالضرورة بين علماء المذهب ، وبالكتاب والسنة عموماً وخصوصاً » .

ومن النصوص العامة الشاملة لجميع موارد الشرط قول الامام الصادق (ع) : « من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عز وجل فلا يجوز على الذي اشترط عليه ، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله » .

ومراده بموافقة كتاب الله عدمُ مخالفته ، سواء أوافق ، او لم يخالف ، والقرينــة على ارادة هذا المعنى قوله (ع) في صدر الرواية : « من اشترط شرطاً مخالفاً فلا يجوز » . وهذا معناه ان من اشترط شرطاً غير مخالف يجوز .

وقال : المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً ، او حلل حراماً .

اما النصوص الخاصة فكثيرة ، منها ان سائلاً سأل الامام الصادق (ع) عن رجل احتاج الى بيع داره ، فمشى الى اخيه ، وقال له : ابيعك داري هذه ، على ان تشترط لي اذا جئتك بثمنها الى سنة تردها عليّ ؟. قال الامام (ع) : لا بأس بهذا ، ان جاء بثمنها ردها عليه . قال السائل : فان كان فيها غلة كثيرة ، فلمن تكون الغلة ؟. قال : للمشتري ، ألا ترى لو احترقت كانت من ماله ؟.

وبالتالي ، فان من تتبع مصادر الشريعة يؤمن ايماناً لا يشوبه ريب بأن كل ما يوافق اهداف الانسان واغراضه ، ولا يتعارض مع مبادىء الشريعة ومقاصدها فهو جائز عقداً كان او شرطاً ، او غيرهما . وهذي قاعدة شرعية عامة تصلح معياراً كلياً لمعرفة الاحكام الشرعية ، وحل المعضلات في ضوئها .

صاحب الخيار :

صاحب الخيار هو من اشترط هذا الخيار بائعاً كان او مشترياً ، او اجنبياً عن العقد ، لأن المؤمنين عند شروطهم تعم الجميع . وخير ما قرأته في هذا الباب من اقوال العلماء ما جاء في كتاب مفتاح الكرامة : « ان الخيار شرّع للارفاق بالطرفين ، فكل ما تراضيا به جاز » .

واذا جُعل الخيار لاثنين اجنبيين فاجاز احدهما ، وفسخ الآخر ، قال الشيخ الانصاري ، وصاحب الجواهر ، وصاحب مفتاح الكرامة : يقدم الفاسخ ، لأن المجيز ، أي مجيز كان ، بعد ان اختار اللزوم فقد اسقط حقه في الخيار ، حتى كأن العقد وقع مجرداً عن الشرط ، فيبقى حق الطرف الآخر ، وقد فسخ ، فيؤخذ بقوله ، لأنه بلا معارض في الحقيقة ، وهذا ما اراده صاحب الجواهر بقوله : « لعدم معارضة اختيار احدهما اللزوم » .

واولى من هذا التكلف والتعقيد ان نقول : حيث اراد احدهما الامضاء ، واراد الآخر الفسخ فقد تعذر العمل بالارادتين معاً ، وبديهة انه اذا استحال تنفيذ العقد والعمل بموجبه ينفسخ حتماً ، وعلى هذا يكون انحلال العقد من باب الإنفساخ ، لا من باب الفسخ .

ومهما يكن ، فعلى الأجنبي الذي جُعل الامضاء والفسخ بيده ان يراعي مصلحة من انتخبه لذلك ، فان تبين عدم المصلحة فيما اختار كان لغواً

لا تأثير له ، قال الشيخ الانصاري : « ذكر غير واحد ان الأجنبي يراعي مصلحة الجاعل » . وقال صاحب الجواهر : « الظاهر وجوب اعتماد المصلحة ، لأنه امين » .

الفسخ برد الثمن :

اتفقوا علي ان البائع اذا اشترط لنفسه ارتجاع الثمن في مدة معينة ، وقبل المشتري صح البيع والشرط ، ويسمى هذا النوع عند الفقهاء ببيع الخيار تارة ، وبيع الشرط اخرى .

والأصل في جوازه وصحته الاجماع والنص ، ومنه عموم « المؤمنون عند شروطهم » والرواية المتقدمة في فقرة « الدليـــل » التي تضمنت السؤال عمن باع داره ، واشترط ارتجاعها ، إن رد الثمن الى سنة ، وفي رواية اخرى ان رجلاً سأل الإمام الصادق (ع) عن ذلك ؟ فقال : ارى ان المبيع لك ، ان لم يرد المال ، وان جاء به للوقت فرد عليه .

واذا رد الثمن في المدة المعينة فهل ينفسخ البيع تلقائياً ، او ان رد الثمن بمجرده لا يوجب انفساخ العقد ، بل لا بد ان يتعقبه الفسخ من البـــائع ، بحيث اذا لم يفسخ بعد رد الثمن يكون البيع لازماً بانقضاء المدة ، ويكون الثمن امانة في يد المشتري ؟.

ذهب المشهور الى الثاني وانه لا بد من الفسخ مع رد الثمن ، ولا تأثير لأحدهما دون الآخر ، لأن المبيع انتقل الى المشتري بسبب شرعي ، وهو البيع ، فلا ينتقل عنه الا بسبب شرعي ، وهو هنا الفسخ ، والرد من حيث هو ليس بفسخ ، بل مقدمة للفسخ .

والحق ان ارجاع الثمن بقصد الفسخ انشاء فعلي للفسخ ، والا فبأي شيء نفسر رد الثمن ضمن المدة ؟ واي فقيه اذا قال له : ان زيداً باع داره من عمرو ، وقال له عند البيع : اذا أرجعت المال كاملاً الى

سنة كان هذا فسخاً مني للبيع ، حتى ولو لم اتلفظ بالفسخ ، أي فقيه يزعم بأن هذا ليس بفسخ ، ولا معنى لشرط الخيار الذي نتحدث عنه الا ذلك .

شرط الخيار في غير البيع :

هل يصح شرط الخيار في غير البيع من العقود والايقاعات ؟

الجواب :

اما الايقاعات ، كالطلاق والعتق والابراء فقد اجمعوا ـ الا من شذ ـ على عدم صحة الشرط فيها والشيخ الانصاري يتفق في النتيجة مع الفقهاء ، ويقول بعدم صحة الشرط في الايقاعات ، ولكنه يخالفهم في المقدمات ، والطريق المؤدية الى هذه النتيجة . ويتلخص دليل الفقهاء بأن الشرط لا بد له من اثنين : احدهما من له الشرط ، والثاني من عليه الشرط ، اما الايقاع فلا يحتاج الى طرفين ، بل يتم بشخص واحد فقط ، فالايقاعات ـ اذن ـ بطبعها لا تقبل الشرط .

ويتلخص دليل الشيخ الانصاري بأن الشرط والفسخ ممكنـان بذاتها الايقاعات ، تماماً كما هو الشأن في العقود ، فان للانسان ان يقطع العهود على نفسه ، وان يفسخ ما كان صدر منه عقداً كان او ايقاعاً ، ولكن العبرة بالدليل الشرعي على جواز ذلك .. ومعلوم ان حق الخيار في الفسخ على خلاف الأصل في العقود والايقـاعات ، ولا يثبت الا بدليل ، وقد ثبت في الشريعة جواز الفسخ في العقد ، كالإقالة ، وخيار المجلس والحيوان ، ولم يثبت في الايقاع ، وعليه يكون القول بجواز الفسخ قولاً بلا دليل ، وهذه عبارة الانصاري ، « ان مشروعية الفسخ لا بد لها من دليل ، وقد وجد في العقود من جهة مشروعية الاقالة ، وثبوت خيار المجلس

والحيوان وغيرهما ، بخلاف الايقاعات ، فانه لم يعهد من الشرع تجويز نقض اثرها بعد وقوعها ، حتى يصح اشتراط ذلك فيها » .

ثم قسم الانصاري العقود من حيث قبولها للخيار ، وعدم قبولها له عند الفقهاء الى ثلاثة اقسام :

الاول : لا يقبل الخيار بالاتفاق ، وهو عقد الزواج ، فانه لا ينتهي الا بالموت او الطلاق ، ولا ينحل الا بالفسخ بسبب العيوب المنصوص عليها شرعاً .

الثاني : يقبل الخيار بالاتفاق ، كالاجارة ، والمزارعة ، والمساقاة ، والكفالة ، والبيع ما عدا الصرف ، فان فيه خلافاً .

الثالث : اختلف فيه الفقهاء ، ومنه الوقف ، فقد ذهب المشهور الى عدم قبوله الخيار ، وقال اكثر من واحد من المحققين : انه يقبله ، ويأتي الدليل في باب الوقف ، وتكلمنا عنه مفصلاً في كتاب « الأحوال الشخصية على المذاهب الخمسة » . ومما اختلف فيه الصلح ، قال اكثر الفقهاء : انه يقبل الخيار ، وقال بعضهم : لا يقبله فيما يفيد الابراء ، ومنه ضمان الدين الثابت في ذمة المدين للدائن ، ومنه بيع الصرف ، فان كثيراً من الفقهاء قالوا : انه لا يقبل الخيار ، حيث يشترط فيه القبض ، ولا يجتمع شرط القبض مع شرط الخيار ، لأنه بالقبض وافتراق المتبايعين تنقطع الصلة والعلاقة بينهما كلية ، والخيار معناه بقاء الصلة .. وهو التناقض بعينه .

ثم اعطى الانصاري معياراً كلياً لما يقبل الخيار من العقود ، وما لا يقبلها ، فقال : ان كل عقد يقبل التقايل فهو يقبل الخيار ، وكل عقد لا يقبل التقايل فهو لا يقبل الخيار .

هذا ملخص الكلام عن العقود اللازمة ، وحكمها مع شرط الخيار ، اما العقود الجائزة فقد سبقت الاشارة الى انه لا معنى للخيار فيها ما دام الخيار قائماً دون

شرط ، فان عقد الوكالة والعارية والوديعة يفسخ وينحل بارادة احد الطرفين منفرداً ، دون حاجة الى اتفاق حين العقد او بعده ، اجل ، ربما صح شرط الخيار في العقد الذي هو جائز من طرف ، ولازم من طرف ، فيشترط الخيار لنفسه من كان العقد لازماً بالقياس اليه ، كعقد الرهن ، فانه جائز بالنظر الى المرتهن ، لازم بالنظر الى الراهن ، فإن اشترط هذا الخيار لنفسه يصير العقد جائزاً من الطرفين .

مسائل :

اذا انقضت المدة المعينة للخيار ، ولم يرد البائع الثمن يبطل الخيار ، ويصير المبيع ملكاً للمشتري .

٢ – ليس للمشتري اتلاف المبيع ، ولا ان يتصرف فيه تصرفاً يمنع من استرجاعه الى البائع ، بل يجب عليه الاحتفاظ به ، والابقاء ، ليفي بالتزامه من ارجاع المبيع للبائع عند رد الثمن .

٣ – اذا هلك المبيع في يد المشتري مدة الخيار يذهب من مال البائع ، لأن التلف بعد القبض ، في مدة الخيار يكون من مال من لا خيار له .. ولا يسقط الخيار بتلف العين المبيعة ، فاذا رد البائع الثمن ، والحال هذه ، فعلى المشتري ان يرد بدل العين الهالكة من المثل او القيمة .

٥ – اذا رد البائع بعض الثمن فلا يحق له الفسخ ، واذا كان قد اشترط ان يفسخ في كل جزء من العين برد ما يقابلها من الثمن جاز ، كما يجوز ان يشترط الفسخ في جميع العين برد مقدار معين من الثمن ، وما تبقى منه يكون ديناً في ذمة البائع بعد الفسخ ، والدليل على ذلك : « المؤمنون عند شروطهم » .

٦ – اذا جعل المشتري لنفسه الخيار مشترطاً رد الثمن اليه اذا رد

المثمن في مدة معينة جاز ، تماماً كما يجوز ذلك للبائع ، لاتحاد المدرك والمسوغ ، وهو عموم : « المؤمنون عند شروطهم » .

واذا هلك المبيع في يد المشتري اثناء المدة ذهب من مال البائع ، لقاعدة ، « التلف مدة الخيار من مال من لا خيار له » .. قال صاحب مفتاح الكرامة ، « ان كان الخيار للبائع فالتلف من المشتري ، وان كان للمشتري فالتلف من البائع ، ولا اجد في ذلك خلافاً ، بل اطلاق اجماع » . وسئل الامام الصادق (ع) عن الرجل يشتري الدابة ، ويشترط الى يوم او يومين ، فتموت الدابة ، على من ضمان ذلك ؟ قال ، « على البائع » . مع العلم بأن البائع في هذه الحال لا خيار له .

واذا كان للعين المبيعة بهذا الخيار نماء ، فهل يكون النماء للمشتري ، لأن العين انتقلت الى ملكه بالشراء ، او هو للبائع بالنظر الى ان العين لو تلفت تذهب من ماله ؟

والجواب : اذا استوفى المشتري النماء ثم فسخ ، رد العين دون بدل النماء ، ولا منافاة بين ان يكون النماء لشخص ، وضمان العين على غيره ، كما هو الشأن في المغصوب فان نماءه لمالكه ، وضمانه على غاصبه [1] وباقي التفصيل في احكام الخيارات فقرة « المبيع يملك بالعقد » والتي بعدها .

٧ - يصح ان يكون الخيار لكل من البائع والمشتري في عقد واحد ، كان يشترط البائع ارتجاع المثمن له اذا رد الثمن في مدة الخيار ، وفي الوقت نفسه يشترط المشتري ارتجاع الثمن اذا رد المثمن في المدة المعينة . واذا هلك الثمن او المثمن او كلاهما مع هذا الشرط يكون هلاك المثمن من مال المشتري ، لأنه انتقل اليه بالبيع ، وهلاك الثمن من مال البائع ، للسبب نفسه ، ويأتي التحقيق في فصل احكام الخيارات انشاء الله .

---

١ - الغرض من التمثيل بالغاصب هو مجرد الاشارة الى عدم التلازم بين ملك نماء العين وضمانها من حيث الفكرة والمبدأ ، مع العلم بأن الغاصب اجنبي عما نحن فيه ، لأنه يضمن بسبب اليد ، لا بسبب العقد .

٨ ـ يسقط هذا الخيار اذا تنازل عنه من هو له ، بائعاً كان ، او مشترياً ، لأنه حق يسقط بالاسقاط .

٩ ـ تصرف البائع بالثمن لا يسقط خياره في رد المثمن ، كما ان تصرف المشتري بالمثمن تصرفاً غير متلف ولا ناقل لا يسقط خياره في رد الثمن ، لأن هذا الخيار شُرّع لانتفاع البائع بالثمن ، والمشتري بالمثمن ، فلو سقط الخيار بالتصرف سقطت الفائدة من وضعه ، كما قال صاحب الجواهر ، وهذا واضح بالبداهة ، وانما ذكرناه تبعاً للشيخ الانصاري ، وغيره من الفقهاء .

الشروط

خيار الاشتراط :

ذكر الشهيد الاول في اللمعة الدمشقية مع الخيارات خيار الشرط ، وخيار الاشتراط ، واراد بالاول ان يكون الخيار بعينه هو الشرط ، كما لو قال : اشتريت ، او بعت على انْ يكون لي الخيار في فسخ البيع وامضائه مدة كذا ، واراد بالثاني ، اي خيار الاشتراط ان يشترط المشتري ، او البائع امراً معيناً غير الخيار ، ولكن تخلفه يؤدي الى ثبوت الخيار ، كما لو اشترط البائع على المشتري ان يفعل كذا ، او اشترط المشتري على البائع ان يكون المبيع متصفاً بكذا .. فاذا تخلف ثبت للمشروط له حق الخيار في فسخ العقد .

اما الشيخ الانصاري وغيره كثير من الفقهاء فقد تكلموا في باب الخيارات عن الاول فقط ، اي خيار الشرط ، ثم عقدوا فصلاً مستقلاً للكلام عن الشروط التي ابتنى عليها العقد بوجه عام ، يشمل خيار الاشتراط الذي اراده الشهيد . ومن الفقهاء من تكلم عن خيار الاشتراط

ضمن خيار الشرط ، حيث اراد بالشرط الشيء الذي اشترط في العقد خياراً كان ، او غيره .

وقد اتبعنا نحن طريقة الشيخ الانصاري ، لأن اكثر ما في كتابنا هذا ، او الكثير منه تلخيص وعرض لكتابه المعروف بالمكاسب ، اجل ، ان الشيخ ذكر هذا الفصل بعد خيار العيب الذي ختم الكلام به عن الخيارات وذكرناه نحن بعد خيارات الشرط مباشرة لمكان المناسبة .

اقسام الشروط :

تنقسم الشروط بالنظر الى الصراحة وعدمها الى شروط ضمنية يقتضيها العقد مثل التسليم والتسلم ، وتعجيل الثمن ، وسلامة المبيع من العيب ، ورد العوض عند فساد العقد ، وخيار المجلس والحيوان ، مع ملاحظة الدليل الشرعي عليها .. والى شروط صريحة ، وهي التي ذكرت صراحة في متن العقد ، او قبله ، مع ابتنائه عليها . ويعرف الشرط الصريح من هذا الفصل ، والذي قبله . اما الشرط الضمني فيعرف في الكثير من فصول هذا الكتاب ، بخاصة الخيارات ، وبصورة أخص خيار الغبن والعيب .

وايضاً تنقسم الشروط بالنظر الى الصحة والفساد ، الى شروط صحيحة ، وفاسدة ، ولكل منها احكامه الخاصة التي نتعرض لها في هذا الفصل .

الشرط الصحيح :

ذكر الشيخ الانصاري ثمانية شروط لصحة الشرط ، ولكنها في

الحقيقة ترجع الى سبعة ، وهي على وجه العموم والاجمال : (١) ان يكون الشرط مقدوراً . (٢) ان يكون سائغاً شرعــاً . (٣) ان يكون معقولاً . (٤) ان لا يتنافى مــع مقتضى العقد . (٥) ان لا يكون مجهولاً . (٦) ان لا يكون محالا او مستلزماً للمحال . (٧) ان يذكر في متن العقد كما قيل ، والبيان على وجه فيما يلي :

القدرة :

١ - كل شرط تعلق بصفة يمكن ان يكون المعقود عليه متصفا بها بالفعل فهو شرط صحيح ، فان وجد الوصف لزم العقد ، وان تخلف ثبت الخيار بين الرد والامساك مجــاناً ، ومثال ذلك ان يشتري فرساً بشرط ان يكون اصيلاً ، والثوب صوفاً ، والدابة حاملا .

وتقول : ان هذا الوصف غير مقدور للمتعاقد ، فكيف يصح جعله شرطاً ، مع العلم بأن الشرط يجب ان يكون مقدوراً ؟ .

ونجيب بأن هذا الوصف ليس فعلاً من افعال المتعاقد ، وانما هو وصف للمعقود عليه ، وما من شك ان المتعاقد يملك العين التي وقعت محلاً للعقد ، فيملك ايضاً اوصافها بالتبع ، تماماً كما يملك منافعهــا ، وبكلمة ان المتعاقد قد تعهد بتسليم العين الموصوفة بكــذا ، ولم يتعهد بخلق الصفة وايجادها في العين ، والفرق بين التعهدين واضح .

وكل شرط تعلق بفعل غير مقدور فهو باطل ، لأن الوفاء بالمحال محال ، ومثال ذلك ان يشتري دابة ، ويشترط ان تحمل في المستقبل ، او بستاناً على ان يحمل عشرة اطنان في العام المقبل ، او زرعاً بشرط ان يسلم من الامراض والعاهات ، قال صاحب الجواهر : « لا يجوز اشتراط ما لا يدخل في المقدور ، كبيع الزرع على ان يجعله الله سنبلا » . وقال الشيخ النائيني في تقريرات الخونساري : « لا بد ان يكون الوصف

حالياً ، بحيث يقدر المتعاقد على تسليمه تبعاً للعين ، فان لم يكن حالياً، مثل الاوصاف التي يمكن ان تتحقق ، وان لا تتحقق ككون الزرع سنبلاً فلا يجوز اشتراطه ».

عدم العبث :

٢ – ان يكون للشرط غرض يعتد به العقلاء ، فلو كان عبثاً ، كما اذا اشترط ان يأخذ من ماء البحر ثم يرده اليه ، يكون الشرط باطلاً ، ولكنه لا يوجب بطلان العقد .

غير مخالف للكتاب :

٣ – ان لا يكون الشرط مخالفاً لكتاب الله ، وسنة نبيه ، فاذا باع الخشب بشرط ان يجعله صنماً ، والعنب على ان يجعله خمراً كان الشرط فاسداً ، ويدل عليه قول علي امير المؤمنين (ع) : من شرط لامرأته شرطاً فليف به ، ان المسلمين عند شروطهم الا شرطاً حلل حراماً ، او حرم حلالا .

وقال الامام الصادق (ع) : من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز له ، ولا عليه .

وقال الامام ابو جعفر الصادق (ع) عن رجل تزوج امرأة، واشترطت عليه ان في يدها الجماع والطلاق ؟ . قال : خالفت السنة ، ووليت

حقاً ليست له اهلا ، ثم قضى الامـــام ان عليه الصداق ، وفي يده الجمـــاع والطلاق [1] .

وسئل عن رجل اشترط لامرأته ان لا يتزوج عليها ؟ . قال : ان شاء تزوج وتسرى .

بقي ان نعرف ما هو المعيار الجلي للحلال والحرام ، حتى نميز به الشرط المخالف لهما عن غيره .. وقد اطال الفقهاء الكـــلام في ذلك ، بخاصة الشيخ الانصاري فانه ذكر اوجهاً كثيرة ، ثم تنظر فيهـــا على عادته . والحق ان كـــل ما يحرم على الانسان ان يفعله فلا يجوز له اشتراطه ، كالزنا والسرقة ، وتوريث الأجنبي وحرمان الوارث ، وكلّ ما يجب فعله فلا يجوز اشتراط تركه ، كالصوم والصلاة وبر الوالدين ، وكل ما يباح فعله وتركه في اصل الشرع من غير توسط العقد ، او أي شيء آخر يجوز ان يشترط فعله وتركه الا ان يثبت العكس ، فان للانسان ان يتزوج وان يترك الزواج ، وان يطلق وان يترك الطلاق ، ولكن لما دل الدليل الشرعي التعبـــدي على ان اشتراط ترك الزواج او الطلاق لا يجب الوفاء به قلنا ببطلانه ، ولولا هذا الدليل لقلنا بصحته .

هذا هو المعيار الصحيح الذي نرجع اليه عند الشك والتردد . وتجدر الاشارة الى ان فساد هذا الشرط لا يستدعي فساد العقد الا اذا رجع الى احد العوضين ، كبيع الخشب بشرط جعله صنماً ، والعنب خمراً ، اما اذا لم يرجع الى احدهما فيفسد الشرط دون العقد ، كما لو قال :

---

[1] – اذا اشترطت المرأة ان لا يستمتع بها الزوج اطلاقاً ، وبشتى انواع الاستمتاع يبطل الشرط بالاتفاق، اما اذا اشترطت عليه ان يترك نوعاً من الاستمتاع كالجماع فقط فقد ذهب المشهور الى الجواز ، لان الامام الصادق (ع) سئل عن رجل سأل امرأة ان تزوجه نفسها، فقالت: ازوجك نفسي على ان تلتمس مني ما شئت من نظر والتماس ، وتنال مني ما ينال الرجل من اهله الا انك لا تدخل فرجك في فرجي ، فاني اخاف الفضيحة ؟ . فقال الامام : ليس له منها الا ما اشترطت .

بعتك الكتـاب على ان تشرب الخمر .

خلاف مقتضى العقد :

٤ – كل اثر يترتب على العقد من حيث هو لا يجوز اشتراط عدمه في العقد ، كما لو باع بشرط ان لا يتصرف بالمبيع ، وهذا معنى قول الفقهاء : يعتبر في الشرط ان لا يكون منافياً لمقتضى العقد .

واستدل الشيخ الانصـاري على فساد هذا الشرط بدليلين : الأول لزوم التناقض ، لأن العقد يثبت الاثر ، والشرط ينفيـه ، وهذا هو التناقض بالذات ، ومعه يستحيل الوفاء بالعقد ، وكل عقد يستحيل الوفاء به فهو باطل .. الدليل الثاني ان الكتاب والسنة قد اثبتا اثر العقد ، فاشتراط عدمه مخالف لهما ، وهذا الدليل عين الاول ، ولكن بتعبير آخر .

ومهما يكن ، فان هذا الشرط من صغريات الكلية البديهية ، وهي كل شرط يجب الوفاء الا اذا علم فساده وعدم جوازه بالعقل او النقل. اما المعيار لدلالة العقل على الفساد فهو ان يتنافى الشرط مع طبيعة العقد، او يستلزم المحال ، كما تأتي الاشارة قريباً . واما معيار دلالة الشرع فتابع لثبوتها بالمقاييس المقررة .

وقد اختلف الفقهاء في بعض الشروط ، وانها مخالفة للعقل او النقل، او غير مخالفة .

« منها » : اذا باع شيئاً بشرط ان لا يبيعه ولا يهبـه ، فذهب المشهور بشهادة الشيخ الانصاري الى عدم الجواز ، لمنافاة الشرط لمقتضى العقد [1] .

---

[1] – سئل الامام (ع) عن رجل يشتري الجارية ، ويشترط لأهلها ان لا يبيع ولا يهب ولا يورث ؟ . قال : يفي لهم الا الميراث . وهذه الرواية من الشاذ المتروك ، فقد نقل الشيخ الانصاري عن صاحب كاشف الرموز انه لم يجد عاملا بها .

« ومنها » : اشتراط ضمان العارية ، مع عدم التفريط ، وذهب المشهور الى الصحة ، لقول الامام الصادق (ع) : لا تضمن العارية الا ان يكون قد اشترط فيها ضمان .

و « منها » : اشتراط ضمان العين المستأجرة ، مع عدم التفريط ، وقد ذهب المشهور الى عدم صحة الشرط ، بزعم انه منافٍ لمقتضى العقد ، والحق عدم الفرق بين المستعير والمستأجر ، فان كلا منهما امين على ما فيه يده ، فان جاز تضمين احدهما بالشرط جاز تضمين الآخر ، والعكس بالعكس . اما ما ذكره الشيخ النائيني من الفرق بينهما بأن يد المستأجر على العين يد استحقاق ، ويد الاستحقاق تقتضي عدم الضمان ، فتضمينها ولو مع الشرط خلاف الاصل ، اما يد المستعير فانها يد اباحة وتحليل ، ولا تقتضي عدم الضمان ، فتضمينها لا يخالف الاصل .. اما هذا الفرق فمجرد استحسان ، ومن تأمل لا يجد فرقاً بين المستعير والمستأجر ، ولا مانعاً من اشتراط الضمان فيهما فيشملهما عموم «المؤمنون عند شروطهم » وقد تأكد هذا العموم بدليل خاص في المستعير ، فان ثبت النهي عن اشتراط ضمان المستأجر فهو الدليل على عدم الجواز ، والا صح الشرط ، ووجب الوفاء به .

و « منها » : ان يشترط الزوج لزوجته ان لا يخرجها من بلدها ، وذهب المشهور الى صحة الشرط ، وقال البعض : لا يصح ، لأنه ينافي العقد الذي يقتضي ان يكون الرجل مسلطاً على المرأة استمتاعاً واسكاناً .

وقال السيد اليزدي يرد هذا الفقيه : ان هذا التعليل عليل ، لأن الشرط المذكور لا يتنافى مع بقاء الرجل قواماً على المرأة ، هذا ، الى ثبوت النص الخاص على الجواز .

وأي شرط ثبت انه منافٍ لمقتضى العقد فهو فاسد ومفسد بالاتفاق.

غير مجهول :

٥ — ان لا يكون الشرط مجهولاً جهالة توجب الغرر ، كاشتراط تأجيل الثمن ، او تسليم المثمن امداً غير معلوم ، وقد تقدم الكلام في ذلك في فصل شروط العوضين ، فقرة « العلم بالعوضين » .

وكل شرط مجهول فهو فاسد ، ولكن لا يكون مفسداً للعقد الا اذا رجعت الجهالة الى احد العوضين .

غير محال :

٦ — ان لا يكون الشرط مستلزماً للمحال ، ومثلوا له بأن يبيع زيد الكتاب من عمرو بشرط ان يبيعه عمرو من زيد ، اما وجه المحال فواضح ، لأن هذا معناه ان زيداً لا يملّك الكتاب لعمرو ، حتى يملّك عمرو الكتاب لزيد ، وعمرو لا يملكه لزيد ، حتى يملكه اياه زيد ، وبتعبير أخصر وأوضح ان مؤدى هذا الشرط تماماً كقول القائل : لا لا اعطيك هذا ، حتى انت تعطيني اياه ..

ويجوز ان يشترط البيع ، او الهبة لشخص آخر ، لأنه لا يستلزم أي محذور .

وفساد هذا الشرط اي المحال موجب لفساد العقد،وهدمه من الأساس .

تقدم الشرط :

٧ — اتفق الفقهاء بشهادة صاحب الرياض والشيخ النائيني على ان أي شرط لم يكن التزاماً في ضمن التزام ، ولم يتعقبه التزام ، وانما يشترطه الانسان على نفسه ابتداء دون ان يكون هناك طرف مقابل ،

اتفقوا ان مثل هذا الشرط لا يجب الوفاء به الا مع العهد والنذر واليمين[1]، وايضاً اتفقوا على ان الشرط المذكور صراحة في متن العقد يجب الوفاء به ، تماما كما يجب الوفاء بالعقد ، واختلفوا في الشرط الذي يذكر قبل العقد ، ويتواطأ عليه المتعاقدان ، دون التصريح به ثانية في متن العقد ، وقد ذهب المشهور بشهادة الشيخ الانصاري الى عدم وجوب الوفاء به .

والحق وفاقا لجماعة ، منهم صاحب الجواهر ، والسيد اليزدي ان كل شرط أنيط به العقد يجب الوفاء به ، وان تخلفه يوجب الخيار ، سواء أكان مقترنا بالعقد ، او ذكر اولاً ، ثم بني عليه العقد ، لأن هذا العقد ، وان جاء لفظه مطلقا ، دون شرط الا انه ينصرف بشهادة الحال الى ما تبانى عليه المتعاقدان ، ولأن العرف لا يفرق بين الشرط المتقدم والمقارن ما دام العقد منوطا به ، ولأن التراضي مقيد بالشرط ، فان أوجبنا العقد دون الشرط فقد اوجبنا التجارة من غير تراض ، وأكل المال بالباطل . قال صاحب الجواهر في كتاب المتاجر عند كلامه عن الشرط الفاسد : « لا اثر للشرط المذكور بعد العقد ، ولا الذي قبله اذا لم يكن بناء العقد عليه والا فان الصحة فيه قوية جداً » .

حكم الشرط الصحيح :

اذا تمت هذه الشروط صح الشرط ، ووجب الوفاء به ، وحرم على من التزم به ، واشترطه على نفسه ان يخالف ، وان خالف وامتنع

---

١ – العهد ان يقول الانسان : عهد علي لله ان افعل كذا ، والنذر ان يقول : نذر علي لله ان ان افعل كذا ، واليمين هو القسم بالله جل وعز ، فالتعهد في هذه العناوين وقع لله ومع الله سبحانه فلا يكون من نوع التزام الابتدائي ، ويأتي الكلام عن كل واحد في بابه انشاءالله.

عن الوفاء من غير عذر فان للحاكم ان يجبره عليه ، لأنه ولي الممتنع ، تماما كما يلزمه بالعقد ، لأن الشرط كالجزء من احد العوضين على حد تعبير الفقهاء .. واذا تخلف الشرط لعذر او غير عذر كان للطرف الآخر ، وهو المشروط له ان يختار فسخ العقد ، او امضاءه مجاناً ، ولا يحق له الامضاء مع المطالبة بالارش ، لأن الارش على خلاف الاصل ، ولا يجوز القول به في مورد الا بدليل خاص ، ولا دليل على الارش الا في خيار العيب ، ويأتي البيان ان شاء الله تعالى .

ويثبت خيار الشرط في جميع العقود ، لا في عقد البيع فقط ، سواء أكان الشرط من الأفعال ، او من صفات المعقود عليه ، لان الفائدة من ذكره ثبوت الخيار عند تخلفه ، والا كان ذكره لغواً .. اجل ، للزواج خصائص ومميزات يختلف بها عن سائر العقود ، منها ان الشرط اذا كان من نوع الافعال فتخلفه لا يوجب الخيار في الزواج ، ويوجبه في سائر العقود ، واذا كان الشرط من صفات المعقود عليه فتخلفه يستدعي الخيار في الزواج وغيره ، فاذا اشترطت الزوجة على الزوج ان يبني لها قصراً ، او يسكنها في المدن ؛ لا في الارياف ، ولم يفعل فليس لها خيار الفسخ ، وان اشترطت ان يكون تاجراً ، لا مزارعاً ، او من قبيلة معينة ، ثم تبين العكس فلها خيار الفسخ .. فقد سئل الامام (ع) عن رجل تزوج امرأة ، وقال : انا من بني فلان ؛ ولا يكون كذلك ؟ . قال الامام : يُفسخ النكاح .. وكذا اذا اشترط هو ان تلبس نوعاً خاصاً من الثياب ، ولم تفعل فلا خيار له في الفسخ ، اما اذا اشترط ان تكون بكراً فله الخيار ، ان تبين العكس .

قال صاحب الجواهر في باب الزواج آخر فصل التدليس : « يمكن دعوى الاجماع هنا على ان شرطية الصفات توجب الخيار اذا بان الخلاف ، حتى مع اشتراط الناقص فبان الكمال – كما لو اشترط ان تكون ثيباً فبانت بكراً – لاختلاف الاغراض ، ولانحصار فائدة الشرط بذلك ،

نعم لو كان الشرط من الافعال امكن القول بعدم الخيار للفرق بين النكاح والبيع » . ومثله تماماً في حاشية السيد كاظم اليزدي على مكاسب الشيخ الانصاري ص ٣١٦ طبعة ١٣٢٤ هـ .

وتجدر الاشارة الى ان الخيار التولد من تخلف الشرط يقبل الاسقاط كغيره من الخيارات ، لانه حق ، ولكل ذي حق ان يتنازل عنه ، كما ان هذا الخيار مؤقت بزمن يتمكن فيه من الفسخ ، فاذا تخلف الشرط وكان عالماً بأن له الخيار ، وتمكن من الفسخ ، ولم يبادر اليه بطل الخيار ، لأنه شرّع لرفع الضرر ، ويرتفع الضرر بالفور ، وسرعة المبادرة ، فيقتصر عليها ؛ والتفصيل في فقرة « الخيار مضيق لا موسع » من فصل خيار العيب .

حكم الشرط الفاسد :

اذا لم تتوافر الشروط المتقدمة لصحة الشرط يكون فاسداً لا يجب الوفاء به بالاتفاق ، ولكن هل يفسد العقد لفساد الشرط ؟ . وبكلمة : هل الشرط الفاسد يكون مفسداً للعقد ايضاً ، او ان فساده لا يستدعي فساد العقد ؟ .

قال جماعة كثر من كبار الفقهاء المتقدمين والمتأخرين : ان فساد الشرط يوجب فساد العقد ، كقاعدة كلية ، لا نخرج عنها الا بدليل تعبدي خاص [١] .

---

١ - يظهر من اقوال الشيخ الانصاري ان الفقهاء اتفقوا قولا واحداً على ان الشرط الذي يكون منافياً لمقتضى العقد والمستلزم للمحال ، والجهل باحد العوضين ، او كان من قبيل بيع الخشب بشرط ان يجعله صنماً ، كل هذه الشروط يفسد معها العقد وانما اختلف الفقهاء فيما عدا ذلك من الشروط .

والحق بعكس ما قالوه تماماً ، وان الشرط الفاسد من حيث هو لا يستدعي فساد العقد ، وان الحكم بفساد العقد مع فساد الشرط لا يكون الا بدليل خاص ، إذ لا تلازم عقلاً ولا عرفاً ولا شرعاً بين الفسادين بما هما ، بل لقد ثبت في الشريعة في العديد من الموارد ان فساد الشرط لا يستدعي فساد العقد ، ومن ذلك الروايات الواردة في باب الزواج ، وقد ذكرنا بعضها في فقرة « غير مخالف للكتاب » من هذا الفصل . ومنها ما جاء في غير الزواج ايضاً فقد روى الحلبي عن الامام (ع) ان عائشة اشترت بريدة ، وهي مملوكة ، فأعتقتها ، وكان مواليها الذين باعوها اشترطوا على عائشة ان لهم الولاء ، ولكن الرسول الأعظم (ص) قضى بأن الولاء لمن أعتق ، أي لعائشة ، ومعنى هذا ان البيع صحيح والشرط فاسد . وقد اعترف الشيخ الانصاري بصحة هذه الرواية سنداً ، وظهورها في عدم الافساد متناً ، وقال ما نصه بالحرف الواحد : « الانصاف ان الرواية في غاية الظهور » . ولكنه مع ذلك قال : « الانصاف ان المسألة في غاية الاشكال ... ووجه الاشكال – على ما يظهر من عبارته – هو قول جماعة من الكبار بأن الفاسد مفسد ايضاً .

اما نحن فننكر ذلك كقاعدة عامة ، ونقول بأن الفاسد قد يفسد وقد لا يفسد .. انه يفسد اذا كان منافياً لمقتضى العقد ، او مستلزماً للمحال ، او لجهالة احد العوضين ، وقد لا يفسد اذا لم يوجب شيئاً من ذلك ، ونعرض التفصيل كما يلي :

١ – يكون الشرط فاسداً ومفسداً اذا كان منافياً لمقتضى العقد ، كاشتراط عدم التملك في عقد البيع ، او عدم التصرف اطلاقاً في المبيع ، او عدم الاستمتاع بالزوجة بشتى الوان الاستمتاع .

٢ – ايضاً يكون فاسداً ومفسداً اذا كان مستلزماً للمحال ، كاشتراط

بيع المبيع من البائع ، وبيّنا وجه المحال وسببه في فقرة « غير محال » من هذا الفصل .

٣ – ايضاً يكون مفسداً اذا كان الشرط مجهولا ، على ان تستدعي جهالة الشرط الجهل بأحد العوضين ، كما لو قال : اشتريت منك الفرس بشرط ان يكون له العديد من الصفات الحسنة . ولم يبين ما اراد بالصفات الحسنة ، اما اذا كانت جهالة الشرط لا تستدعي الجهل بأحد العوضين فيفسد الشرط دون العقد ، كما لو قال : اشتريت هذا الفرس على ان تفعل شيئاً ، فالفرس معلوم بالعيان ، والعقد عليه لا يوجب غرراً ، فيقع صحيحاً ، اما جهالة الشرط فتفسده وحده ، ما دامت لم تسر الى المعقود عليه .

٤ – اما اذا كان الشرط مخالفا لكتاب الله ، وسنة نبيه فينظر : فان تعلقت المخالفة في المعقود عليه نفسه ، كبيع الخشب بشرط جعله صنماً ، والعنب خمراً فسد العقد بالاتفاق ، وفيه روايات عن اهل البيت (ع) ، وان اقتصرت المخالفة على الشرط ، كبعتك هذا بشرط ان تشرب الخمر ، او تترك الصلاة فسد الشرط فقط دون العقد

٥ – واذا كان الشرط غير مقدور يُنظر : فان رجع العجز الى المعقود عليه نفسه ، كبيع الزرع بشرط ان يجعله سنبلاً ، والدابة بشرط ان يجعلها تحمل في المستقبل فسد الشرط والعقد .. اما اذا تعلق العجز بالشرط وحده ، كما لو باعه الدار بشرط ان يخيط له الثوب بساعة ، او يجعله من الأعلام المبرزين فسد الشرط دون العقد .

٦ – ان لا يكون للشرط أية منفعة لأحد ، ولا غرض مقصود للعقلاء ، كالبيع بشرط ان يأخذ من ماء البحر ، ثم يرده اليه ، فاذا اشترط هذا ، وما اليه من اللغو والعبث سقط الشرط وبقي العقد على الصحة بالاتفاق .

وتقدم هذا التفصيل استطراداً في تعداد الشروط لصحة الشرط ، وجمعنا الشتات في هذه الفقرة زيادة في التوضيح ، لأن الكثير من متفقهي العصر يذهلون عن هذا التفصيل الذي تحتمه الاصول والقواعد، فيستخرجون القاعدة العامة من مورد ، او موردين ، دون ان يستقرأوا ويتتبعوا جميع الموارد ، فترى احدهم اذا وقف على شرط يتنافى مع مقتضى العقد قال : ان فساد الشرط يوجب فساد العقد اطلاقاً ، ويعارضه آخر قائلا : بل ان فساده لا يقتضي الفساد اطلاقاً ، يعارض لا لشيء الا لأنه اطلع على شرط لا يقتضي ذلك .

لذا نكرر للمرة الثالثة ان الشرط المنافي لمقتضى العقد ، والمستلزم للمحال فاسد ومفسد ، وان الشرط الذي لا فائدة منه فاسد غير مفسد، وان الجهالة والعجز والمخالفة للمبادىء الشرعية ان رجع شيء منها الى المعقود عليه بالذات فسد الشرط وافسد العقد ، وان اقتصرت الجهالة والعجز والمخالفة على الشرط فقط سقط الشرط دون العقد ، وما عدا ذلك من الشروط التي توافرت فيها جميع عناصر الصحة فهي غير فاسدة ولا مفسدة ، فان تحقق الشرط لزم العقد ، وان تخلف ثبت الخيار بين الفسخ والامضاء مجانا .

الخيار والشرط الفاسد :

تبين مما قدمنا ان الشرط الصحيح يجب الوفاء به ، وان تخلفه موجب للخيار، وان الشرط الفاسد لا يجب الوفاء به . وبقي شيء ، وهو ان الشرط الفاسد الذي لا يوجب فساد العقد : هل يوجب الخيار ، كما يوجبه تخلف الشرط الصحيح ، او ان تخلف الشرط الفاسد لا يوجب شيئاً على الاطلاق ، بل وجوده وعدمه سواء ؟

وليس للجواب عن هذا التساؤل عين ولا اثر في اقوال الفقهاء، قبل الانصاري

ولا في كلمات اهل البيت (ع) كما قال الخونساري في تقريرات الشيخ النائيني ، اما الشيخ الانصاري فقال : « الاقوى في المقام عدم الخيار » .

والذي تفرضه الإصول والقواعد ان تخلف الشرط الفاسد ، مع صحة العقد يوجب الخيار ، تماماً كتخلف الشرط الصحيح ، سواء أكان المشروط له عالماً بفساد الشرط قبل ان يقدم على العقد ، او جاهلاً ، وذلك ان خيار تخلف الشرط ثابت كقاعدة عامة تشمل جميع افراد التخلف وموارده بصرف النظر عن الصحة والفساد ، بحيث لا نحتاج الى الدليل التعبدي الخاص اذا اردنا ان نثبت الخيار لفرد من افراد التخلف ، والا احتجنا الى الدليل لكل فرد وكل مورد تخلف فيه الشرط الصحيح ، والمفروض غير ذلك . هذا ، الى ان القول بعدم الخيار في صورة فساد الشرط مع صحة العقد يستدعي القول بصحة العقد من غير رضا ، لان الرضا بالعقد قد انيط بالشرط ، وان كان فاسداً ، فان انتفى الشرط انتفى الرضا بالعقد ، ولا سبيل لدفع هذا المحذور الا الخيار ، فبه وحده يستدرك فوات الشرط صحيحاً كان او فاسداً .

تنبيه :

اتفق الفقهاء على ان الشرط الفاسد مهما كان نوعه لا يفسد عقد الزواج الدائم ، وان افسد غيره من العقود الا شرطاً واحداً فقط ، وهو ما كان مناقضاً لمقتضى العقد ، كاشتراط ان لا يستمتع الزوج بالزوجة اطلاقاً ، او شرط الخيار في الفسخ ، لان عقد الزواج يأبى شرط الخيار بطبيعته ، واستدلوا على ذلك :

اولاً : ان عقد الزواج الدائم ليس من عقود المعاوضات ، حتى يبطل بفوات شيء من العوض ، بل هو اسمى من ذلك ، ولذا قيل : ان فيه شائبة العبادة .

ثانياً : الروايات الكثيرة من اهل البيت الدالة على ان كثيراً من الشروط الفاسدة لا توجب فساد العقد ، منها اشتراط عدم الطلاق ، وعدم الزواج على الزوجة ، وتقدمت الاشارة الى ذلك .

ومنها ان الامام ابا جعفر الصادق (ع) سئل عن رجل تزوج امرأة الى اجل مسمى ، فان جاء بصداقها في الاجل فهي امرأته ، وان لم يأت بصداقها فليس له عليها سبيل ؟ فقال : ان في يده بضع امراته ، وحبط الشرط .

ومنها ان الامام الصادق (ع) سئل عن امرأة تهب نفسها للرجل ينكحها بغير مهر ؟ فقال : انما هذا للنبي (ص) ، اما لغيره فلا .

مسائل :

١ - اذا وقع البيع بين اثنين، واشترطا شرطاً مفسداً للعقد، وقبض المشتري المثمن ، والبائع الثمن فعلى كل منهما ضمان ما في يده ، لان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده .

٢ - اذا اختلف المتعاقدان في اصل الشرط ووقوعه ، فقال احدهما : جرى العقد مع الشرط ، وقال الآخر ، بل مجرداً عن كل شرط ، فالقول قول المنكر بيمينه ، سواء أكان الشرط المتخلف فيه من نوع الصحيح ، او الفاسد ، لان الاصل عدم الشرط .

٣ - قال السيد كاظم اليزدي في حاشية المكاسب : ربما يتوهم ان الشرط الفاسد في العقود الاذنية ، كالوكالة والمضاربة والاعارة ، ونحوها يوجب فساد العقد ، حتى ولو لم يكن نقل ذلك في غيرها من العقود اللازمة ، ووجه التوهم ان الاذن منوط بالشرط الفاسد ، فاذا انتفى الشرط انتفى معه الاذن . وبديهة ان قوام هذه العقود بالاذن ، كما هو

المفروض .

ودفع هذا التوهم بما يتلخص انه لا بد من النظر في الشرط ، فان رجع الى المعقود عليه فسد العقد من غير ريب ، ومثاله ان يقول : وكلتك في ان تؤجر داري لبيع الخمر ، واعيرك أنائي على ان تشرب فيه الخمر ، اما اذا لم يرجع الى المعقود عليه ، كما لو قال : وكلتك في ايجار الدار على ان تشرب الخمر فسد الشرط دون العقد .

خيار الغبن

معنى الغبن :

الغبن – بفتح الغين ، وسكون الباء وفتحها – معناه في اللغة الخديعة ، اما الفقهاء فيريدون به الشراء بأكثر من قيمة السوق ، او البيع بأقل منها حين العقد ، والتعامل بما لا يتسامح به عادة مع جهل المشتري بالزيادة والبائع بالنقصان ، بحيث لو علم المتعاقد القيمة على حقيقتها لما اقدم على التعاقد ، ورضي به .

وبقولنا « الشراء » يدخل المشتري اذا اشترى بأكثر من القيمـة ، و « بالبيع » يدخل البائع اذا باع بأقل منها .

وبقولنا « حين العقد » تخرج الزيادة والنقصية المتجددة بعد العقد .

وبقولنا « بما لا يتسامح به عادة » يخرج البيع والشراء ، مع التفاوت اليسير الذي لا يعد غبناً ، لأن المعاملة لا تنفك – في الغالب – عن هذا التفاوت ، ولا حد لهذا اليسير في الشرع ، فيتعين رده الى العرف .

وبقولنا « مع الجهل » يخرج من باع بالأقل ، ومن اشترى بالأكثر ، مع علمهما بذلك ، إذ قد يقدم الانسان على الشراء بأكثر من قيمة السوق لنفع يعود عليه بالخصوص ، كمن يشتري عقاراً مجاوراً لعقاره ، ويضمه

اليه ، لترتفع قيمته اضعافاً ، وكذا البائع قد يقدم على البيع بالأقل ، ليستغل الثمن فيما هو انفع وأعود .

ركنا الغبن :

استخلص من هذا التعريف ، وكل تعريف ذكره الفقهاء للغبن انه يتقوم بأمرين : الأول جهل المغبون بالقيمة حين العقد ، فمن اقدم على الزيادة او النقيصة ، مع العلم بها فلا خيار له ، لعدم الضرر ، ولأن لكل انسان ان يتصرف في ماله كيف شاء ما دام عاقلاً راشداً ، لحديث « الناس مسلطون على اموالهم » ولقول الامام الصادق (ع) : « صاحب المال احق بماله ما دام فيه شيء من الروح ، يضعه حيث يشاء » .

الأمر الثاني : عدم التسامح عادة بما زاد او نقص ، لأن التغابن اليسير الذي يتسامح العرف بمثله لا يخرج الشيء عن قيمته السوقية ، لأن القيمة الحقيقية تصعب معرفتها على الكثير من الناس .

الدليل :

قال صاحب الحدائق ج ٥ ص ١٠٤ طبعة ١٣١٧ هـ : « لم يذكر هذا الخيار كثير من المتقدمين ، والقول به انما ثبت عن الشيخ واتباعه » ، يريد الشيخ الطوسي المعروف بشيخ الطائفة (ت ٤٦٠) .. ثم قال صاحب الحدائق : « والمشهور بين المتأخرين ثبوت هذا الخيار » .. اما صاحب الجواهر فقال في كتاب المتاجز ، « خيار المغبون ثابت بلا خلاف » .. وقال صاحب المكاسب ، « هذا الخيار هو المعروف بين الفقهاء ، ونسبه في كتاب التذكرة الى علمائنا » .

ومهما يكن ، فان خيار الغبن اصبح من ضرورات مذهب الأمامية ، بحيث يعدون القول بنفيه بدعة في الشريعة ، وتتلخص الأدلة التي جاءت

في كتب الفقه الجعفري ، مع ملاحظة الشيخ الانصاري عليها ، وغيره : تتلخص بما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى : « الا ان تكون تجاره عن تراض » . وبديهة ان المغبون لو علم بالتفاوت الفاحش لم يرض بالتعامل ، فأكلُ ماله – اذن – يكون اكلاً للمال بالباطل .

ويلاحظ بأن هذا لو تم لكان دليلاً على بطلان البيع من رأس ، لا على صحة البيع ، مع ثبوت الخيار للمغبون .

الدليل الثاني : ان الغبن ضرر ؛ ولا ضرر ولا ضرار في الاسلام .

ويلاحظ بأن هذا لا يثبت الخيار ، حيث يمكن تدارك الضرر بطريق آخر ، وهو ان يُرجع البائع الزيادة للمشتري ، ان كان المغبون هو المشتري ، وان يرجع المشتري بمقدار النقيصة الى البائع ، ان كان المغبون هو البائع .

الدليل الثالث : قول الامام الصادق (ع) : غبن المؤمن حرام ، وفي رواية اخرى : لا تغبن المسترسل ، والمسترسل هو الذي يثق بك ، ويطمئن اليك .

ويلاحظ بأن هذا دليل على تحريم الخيانة ، لا على ثبوت الخيـار للمغبون ، هذا ، الى ان كلاً من البائع والمشتري قد يكونان جاهلين بالقيمة ، فلا يبقى للتحريم من موضوع .

الدليل الرابع : ما روي عن النبي (ص) ان من تلقى الركبان – وهم الذين كانوا يجلبون الطعام من بلد الى بلد – واشترى منهم بأقل من قيمة السوق ، مع جهلهم بذلك فصاحب السلعة بالخيار .

ويلاحظ بأن هذه الرواية مجهولة السند ، بل لم تدون في كتب الحديث

المعروفة اطلاقاً ، لا بسند ضعيف ، ولا بسند صحيح [1] .

الدليل الخامس : قول الامام الصادق (ع) غبن المسترسل سحت .

ويلاحظ بأن معنى هذا ان من اخذ مال غيره بالغش والخديعة فقد أكل حراماً ، واستحق العقاب ، ان لم يرجعه الى صاحبه ويسترضيه ، اذن ، فلا دلالة فيه على الخيار من قريب او بعيد .

الدليل السادس : ان المغبون انما اقدم باعتقاد ان قيمة المبيع تساوي ما دفع او قبض من المال ، ومعنى هذا في واقعه انه قد اشترط على الطرف الآخر الذي اجرى معه المعاملة شرطاً ضمنياً ان البيع او الشراء يبتني على اساس القيمة السوقية ، فاذا تبين العكس فله خيار تخلف الشرط ، وما من شك ان الشرط الضمني يؤثر أثرَ الشرط الصريح .

ويلاحظ بأن هذا يرجع الى خيار الشرط ، غاية الأمر يكون الشرط على قسمين : احدهما صريح ، والآخر ضمني ، وعلى هذا يكون خيار الغبن قسماً من خيار الشرط ، وليس قسياً له ، وفي قباله .

وبعد ان ذكر الشيخ الانصاري الأدلة ، وما لاحظه عليها قال : «فالعمدة في المسألة – اي في خيار الغبن الاجماع المحكيّ المعضّد بالشهرة المحققة» . وقال السيد اليزدي معلقاً على ذلك : «وكيف كان ، فيكفي في اثبات هذا الخيار مجموع ما ذكر من الاجماع المحكي ، وخبر تلقي الركبان ، وقاعدة لا ضرر ، وخبر السحت – اي الدليل الرابع المتقدم – وخبر غبن المسترسل» وهو الدليل الثالث .

وان شككنا في شيء فلسنا نشك في ثبوت هذا الخيار ، لما ذكره هذا السيد ، ولأنه يتفق كل الاتفاق مع مقاصد الشريعة السمحة الغراء ،

---

١ – المعروف بين الفقهاء ان ضعف السند ينجبر ويقوى بعمل المشهور ، ولاحظت من طرف خفي وبعيد ، وانا ابحث وانقب ان القائلين بذلك يشترطون ان يكون الضعيف مدوناً في احد الكتب الاربعة : الكافي والاستبصار والتهذيب ومن لا يحضره الفقيه ، وانه اذا لم يوجد في احدها فليس لعمل المشهور أي تأثير في جبر الضعيف وتقويته .

ومبدأ العدالة ، ولذا اقرته الشرائع الوضعية .

لا ارش :

اذا تبين الغبن تخير المغبون بائعاً كان او مشترياً بين رد ما غُبن فيه او امساكه ، وليس له ان يطالب الغابن بالارش ، اعني التفاوت بين قيمة السوق والثمن المسمى . كما ان الغابن اذا بذل التفاوت الى المغبون لا يجب عليه القبول والامساك ، بل يبقى على خياره ، لأنه بعد ان ثبت بالدليل لا يسقط الا برضاه وارادته .

الخيار والجهل بالغبن :

قال الشيخ الانصاري : « هل ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار ، او كاشف عقلي عن ثبوته حين العقد » .

اي ان حق المغبون في فسخ العقد : هل هو ثابت من حين العقد وفي زمن الجهل بالغبن ، والعلم به انما يكشف عن وجوده في السابق ، او ان هذا الحق لا وجود له اطلاقاً حين العقد ، وانما يوجد من حين العلم بالغبن ، بحيث يكون هذا العلم شرطاً شرعياً لوجوده ؟.

وتظهر الثمرة بين الوجهين فيما لو هلكت العين في زمن الجهل بالغبن ، فانها على الوجه الأول تهلك من مال الغابن ، لأن المفروض ان المغبون في هذي الحال له الخيار ، والغابن لا خيار له ، وقد ذهب كثير من الفقهاء على ان « التلف يكون من مال مَن لا خيار له » .. وعلى الوجه الثاني تهلك العين من مال المغبون ، إذ لا خيار له في حال جهله بالغبن ، فتنطبق عليه قاعدة « التلف من مال من لا خيار له » .

وليس من شك ان الخيار حق وليس بحكم ، وان الآثار تترتب على

الحق الواقعي من حيث هو بغض النظر عن العلم به .. اجل ، ان العلم به كاشف عن وجوده ، وليس شرطاً له ، كما ان استعمال الحق يتوقف على العلم به ايضاً ، ولكن استعمال الحق شيء ، وثبوته واقعاً شيء آخر. وعلى هذا يكون الخيار ثابتاً للمغبون من حين العقد ، وان كان جاهلاً بالغبن، وبالتالي يكون تلف المبيع من مال الغابن الذي لا خيار له .

الخيار مضيق لا موسع :

هل الخيار في فسخ العقد ثابت للمغبون على سبيل الفور ، بمعنى ان المغبون اذا اختار الفسخ فعليه ان يبادر اليه بمجرد علمه بالغبن ، واطلاعه عليه ، بحيث اذا تأخر في غير عذر[1] يسقط حقه في الخيار . ويصبح العقد لازماً ، او ان هذا الحق ثابت على سبيل التراخي ، لا على الفور ، بحيث يجوز للمغبون ان يأخر الفسخ الى الوقت الذي يشاء ، ولا تجب المبادرة اليه حين الاطلاع على الغبن ؟

للفقهاء في ذلك قولان : الأول التراخي ، لأن الخيار ثابت قطعاً ، وبالاتفاق حين الاطلاع على الغبن ، وفي الزمن التالي نشك . هل ارتفع الخيار ، او هو باقٍ كما كان ، فنستصحب بقاءه .

القول الثاني : الفور ووجوب المبادرة الى الفسخ حين الاطلاع على الغبن ، واذا أخره بلا عذر يسقط الخيار ، واكثر الفقهاء على هذا ، لأن التراخي يستدعي الضرر بمن تُردّ عليه العين ، ولأن الوفاء بالعقد واجب في كل حين ، وقد دل الدليل على عدم وجوب الوفاء به حين الاطلاع ، فيقتصر على هذا الحين فقط وقوفاً عند موضع اليقين ، ويبقى

١ – والعذر هنا هو الجهل بالخيار ، وقيل : لا اثر للجهل لأن الخيار من الاحكام الوضعية التي لا فرق فيها بين العلم والجهل ، وجوابه ان الحكم الوضعي يثبت حال الجهل اذا يكن ثبوته موجباً للضرر ، وما من شك ان لزوم العقد مع الجهل بالخيار ضرر ظاهر ، مع العلم بأن هذا الخيار انما شرع لنفي الضرر .

الزمن المتأخر داخلاً ومشمولاً لعموم وجوب الوفاء بالعقد .

وللشيخ الانصاري - هنا - والمعلقين على اقواله كلام طويل وغامض . ومن جملة اقوالهم ان العموم على نوعين : الأول عموم اعيان . كأكرم العلماء ، اي كل فرد منهم . الثاني عموم ازمان ، كأكرم زيداً في كل آن ، فانه يشمل آنات عديدة ، وعبّر الفقهاء عز هذا بالعموم الزماني ، وعن الأول بالعموم الافرادي ، وقد يجتمع العمومان في صيغة واحدة ، مثل اوفوا بالعقود ، فانه عموم افرادي ، بالنظر الى انه يعم كل فرد من افراد العقود . كالبيع والاجارة والمزارعة ، وما اليها من العقود اللازمة ، وهو ايضاً عموم ازمان بالنظر الى ان كل عقد يجب الوفاء به في كل آن وزمان .

ومعلوم ان ظهور العام هو المناط لدخول المشكوك في حكم العام ، سواء اكان عموم اعيان ، ام عموم أزمان . فاذا شككنا ان عقد المزارعة - مثلاً - خارج عن عموم اوفوا بالعقود - نتمسك بظهور لفظ العقود لادخاله . وكذلك اذا شككنا في ان هذا العقد يجب الوفاء به في هذا الزمان الخاص ، اولاً نتمسك بعموم اوفوا لادخال الزمان المشكوك في حكم العام ، اما انطباقه على ما نحن فيه فظاهر ، لأن اوفوا معناه - كما اشرنا - اوفوا بكل عقد في كل آن ، ومنه عقد البيع ، ولكن لما دل الدليل على ان الآن الأول الذي علُم فيه بالغبن لا يجب الوفاء به اخرجناه عن العموم ، اما الآن الثـاني الذي يليه فإنّا نشك : هل خرج عن العموم ، وصار حكمه حكم الآن الذي قبله من عدم وجوب الوفاء ، او هو باقٍ تحت العموم ، ويجب الوفاء به ، وليس من شك ان العموم ظاهر فيه ، فنتمسك بهذا الظهور لاعطاء حكم العام لهذا الآن المشكوك .

اما استصحاب الخيـار من الزمن الأول الى الزمن الثاني فلا يصلح لمقاومة العموم ، لأنه حاكم ومقدم على الاستصحاب ، وهذا الكلام بطوله شرح لهذه الجملة : « خيار الغبن فوري ، لأدلة لزوم كل بيع في كل

زمان ، خرج الوقت المعلوم بالدليل ، فيبقى الباقي ، والاستصحاب لا يقاوم العموم » ، شرح لهذه الجملة التي قالها الفقهاء فيما قالوه في هذه المسألة .

بقية العقود :

هل يثبت خيار الغبن في كل معاوضة مالية ، او هو مختص بالبيع فقط ؟
لقد اثبت الفقهاء خيار الغبن في الاجارة والمزارعة والمساقاة ، وما اليها من المعاوضات المالية لأن الغبن منفي في الشريعة الاسلامية من حيث هو ، والاحكام تتبع الاسماء ، والإسماء تبع لمعانيها العرفية .. اجل ، استثنوا المعاملة التي لم يقصد بها التساوي والمعادلة بين العوضين ، بل قصد بها شيء آخر ، كالاحتراز من التخاصم والتشاجر ، وذلك مثل الصلح على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها ، او على ابراء ما في الذمة بالغاً ما بلغ ، وهذا بديهي لا يحتاج الى اثبات . وقد ذكر الشيخ الانصاري قاعدة عامة ، نقل القول بها عن بعض الفقهاء ، وهي : « ان كل عقد بني على التسامح بالتفاوت لا يصدق عليه اسم الغبن ، وكل عقد بني على المعاوضة المتعادلة ، وعدم التسامح بالتفاوت يصدق اسم الغبن عليه » وأيد ذلك السيد اليزدي في حاشيته ، والشيخ النائيني في تقريرات الخونساري .

موجبات السقوط :

يسقط هذا الخيار بالامور التالية :

١ – اشتراط سقوطه في متن العقد ، لأن الخيار حق ، ولكل ذي حق ان يسقط حقه ، وتقدمت الاشارة الى ذلك اكثر من مرة .
ونقول : لقد سبق في شروط العوضين ان الجهل بأوصاف المبيع

موجب للغرر ، وان الغرر مبطل للتعامل من الأساس بحكم الشرع ، حتى ولو اتفق المتعاملان على الالتزام به ، ولم يقل فقيه بصحة العقد الغرري ، وثبوت الخيار للمغرور .. وبديهة ان الجهل بقيمة السوق يستدعي الغرر ، فينبغي بطلان المعاملة من رأس مع الغبن ، ولا وجه للقول بصحتها مع ثبوت الخيار للمغبون .

ونجيب بأن الغرر المبطـــل للبيع هو الذي ينشأ في الغالب من الجهل بالأوصاف الذاتية للعين ، كالسمن والهزال في الحيوان ، والسعة والضيق في الدار ، بحيث يكون الجهل بالوصف جهلاً بالعين نفسها ، اما الجهل بالقيمة السوقية فلا يستدعي الجهل بالذات المبيعة ، ولذا صح البيع مع الجهل بالقيمة ، ولم يصح مع الجهل بأوصاف العين الذاتية . ولو تم ما تقول للزم بطلان البيع مع الجهل بالقيمة ، حتى ولو صادف التساوي وعدم الغبن ، تماماً كما يبطل البيع ، مع الجهل بأوصاف العين ، حتى ولو تبين انها ملائمة لغرض المشتري .. وبكلمة : ان الجهل بأوصاف العين شيء ، والجهل بقيمتها شيء آخر ، فان الأول يبطل المعاملة من رأس ، حتى كأنها لم تكن ، والثاني لا يبطلها ، بل يوجب الخيار فقط .

٢ — ان يسقط المغبون حقه بالخيار بعد العقد ، سواء أكان ذلك قبل الاطلاع على الغبن او بعده ، وسواء اسقطه بعوض او بغير عوض ، لأن الرضا مسقط للخيار ، اجل ، استثنى الفقهاء ما لو اسقط الخيار باعتقاد أنه غير مغبون ، فتبين العكس ، او باعتقاد ان التفاوت عشرة — مثلاً — فتبين انه مئة ، واثبت ذلك بطريق من طرق الاثبات .

٣ — اذا تصرف المغبون في العين التي غُبن فيها تصرفاً ناقلاً وملزماً ، كالبيع والوقف فقد ذهب المشهور بشهادة صاحب المكاسب الى ان المغبون يسقط حقه في خيار الفسخ مشترياً كان او بائعاً .

اما اذا تصرف المغبون فيما غبن فيه تصرفاً غير ناقل ، كالدار يسكنها ،

والدابة يركبها ، والشاة يحلبها فيُنظر : فان كان هذا التصرف قبل الاطلاع على الغبن فانه لا يسقط الخيار بالاجماع ، وان كان بعد الاطلاع عليه سقط الخيار ، لأن التصرف مع العلم بالغبن انشاء فعلي لاجازة البيع والرضا به ، وقد سبق بيان ذلك مفصلاً في مسقطات خيار الحيوان .
ونقل الشيخ الانصاري الاجماع على هذه القاعدة ، وهي : « ان تصرف ذي الخيار فيما انتقل اليه اجازة ، وفيما انتقل عنه فسخ » ومثال الفقرة الأولى ان يشتري عيناً يكون له الخيار في ردها ، فاذا تصرف فيها مدة الخيار كان تصرفه اسقاطاً لخياره ، واجازة للشراء . ومثال الفقرة الثانية ان يبيع عيناً ، ويجعل الخيار لنفسه في ارجاعها امداً معلوماً ، فاذا تصرف فيها في هذا الأمد كان تصرفه فسخاً للبيع ، ورد العين الى ملكه .

وتسأل : لقد بينت ان التصرف الناقل على وجه اللزوم مسقط للخيار ، سواء أحصل ذلك قبل الاطلاع على الغبن او بعده ، ولم تبين حكم التصرف الذي يغير العين ، كطحن الحنطة ، ولا حكم التصرف الناقل على وجه الجواز دون اللزوم ، كالبيع بالخيار والوصية والهبة قبل لزومها ، فما هو الحكم في ذلك ؟.

والجواب : ان المغبون اذا نقل العين عن ملكه نقلاً جائزاً قبل اطلاعه على الغبن لا يسقط حقه في الخيار ، لأن له ، والحال هذي ، ان يعدل عن المعاملة الجائزة ، ويرد العين الى مالكها الأول .

وان تصرف بالعين تصرفاً موجباً للنقصان ، كالدار يهدم بعضها سقط حقه في الخيار ، لأن النقصان عدم او بمنزلته .

وان كان التصرف موجباً للزيادة يسيراً ، كالحنطة يطحنها ، والثوب يصبغه فلا يسقط الخيار ، وله المطالبة بأجرة عمله .

وان كانت الزيادة كثيرة ويعتد بها ، كاصلاح البستان وتحسينه فقال البعض انه يرد العين ويصير المغبون شريكاً بنسبة زيادة القيمة .. ولا ارى وجهاً لهذه الشراكة ، والاولى جواز الرد ، مع المطالبة بأجرة العمل .

وايضاً تسأل : هذا حكم المغبون اذا تصرف هو فيما غبن فيه فما الحكم اذا تصرف الغابن في العين الذي انتقلت اليه ثمناً وبدلاً عن المبيع هل يبقى للمغبون الحق في الفسخ ، او لا ؟. واليك المثال : باع زيد داره بعقار عمرو ، وبعد ان تسلم زيد العقار نقله عنه نقلاً لازماً ، ثم تبين لعمرو انه مغبون ، وان عقاره اغلى واثمن .

واتفق الفقهاء كلمة واحدة على ان تصرف المغابن بالغبن التي انتقلت اليه من المغبون لا تسقط خيار المذكور بحال ، اذ لا صلة بين تصرف الغابن ، وبين خيار المغبون ، وانما الصلة بين تصرف المغبون ، وبين حقه في الخيار .

واختلفوا فيما اذا كان الغابن قد نقل العين عن ملكه نقلاً لازماً ، ثم فسخ المغبون ، فهل للمغبون ان يسترجع العين ، وينتزعها ممن انتقلت اليه من الغابن ، او يرجع على الغابن بالبدل من المثل او القيمة ؟.

والحق ان المغبون يرجع على الغابن بالبدل ، ولا سلطة له على العين الا اذا وجدها باقية على ملك الغابن ، ويأتي التحقيق في فصل احكام الخيار انشاء الله .

خيار التأخير

الشروط :

من باع شيئاً ، ولم يسلمه الى المشتري ، ولم يقبض منه الثمن كاملاً ، ولم يشترط المشتري تأجيل الثمن ، فليس للبائع ان يعدل ، ويفسخ البيع بحجة انه لم يقبض الثمن الا بعد مضي ثلاثة ايام ، فان جاء به المشتري في هذه المدة فهو احق بالبيع ، وان مضت الثلاثة ، ولم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد ، وبين امضائه ، فان امضاه يكون الثمن ديناً في ذمة المشتري .

واذا طالب البائع بالثمن ، ولم يدفع المشتري فلا يسقط حق البائع في الفسخ ، لأن مجرد المطالبة لا تدل على الرضا بالبيع على كل حال ، حتى مع قبض الثمن ، وبهذا يتبين ان الشروط التي لا بد من توافرها لهذا الخيار اربعة :

الأول : ان يقع البيع على الشيء المعين الموجود في الخارج ، فلو باع شيئاً في الذمة ولم يقبض الثمن فلا خيار ، إذ المفروض عدم وجود المبيع في الخارج حين العقد ، وعليه فلا يتأتى القول بأن تأخير الثمن

مع منع البائع عن التصرف في الثمن يستدعي الاضرار به وانه لو تلف لذهب من ماله ، ومن هنا قال الشيخ الانصاري : ومن تأمل في ادلة هذا الخيار ، وفتاوى الفقهاء يشرف على القطع باختصاصه بغير الكلي .

الثاني : ان لا يستلم المشتري المبيع برضا البائع ، فان استلمه برضاه فلا خيار ، بل يكون الثمن ديناً في ذمة المشتري ، حكمه حكم سائر الديون .. واذا اخذ المشتري المبيع دون اذن الحاكم ، ودون ان يدفع الثمن جاز للبائع انتزاعه منه ، واذا بذل المشتري الثمن ، وامتنع البائع من قبضه سقط خياره ، لأن هذا الخيار شرّع للارتفاق بالبائع ، ودفع الضرر عنه الناشىء من تأخير الثمن ، ومع بذله يرتفع الضرر .

الثالث : ان لا يقبض الثمن كاملاً ، اما قبض البعض فانه كلاقبض على حد تعبير الفقهـاء ، لأن الضرر لا يرتفع الا بدفع الجميع ، وكذا لو قبض جميع الثمن ، فتبين انه مستحق للغير كلاً ، او بعضاً ، إذ لا عبرة بالقبض الفاسد .

الرابع : ان لا يشترط المشتري تأخير الثمن ، فان اشترطه فلا خيار للبائع مراعاةً للشرط ، وكذا اذا اشترط البائع تأجيل تسليم المبيع ، حيث لا يجب ، والحـال هذي ، على المشتري المبادرة الى دفع الثمن الا مع الشرط .

وتبتدىء الأيام الثلاثة من حين العقد ، لا من حين افتراق المتبايعين ، ويبتدىء زمن الخيار من انتهاء الثلاثة .

ولا مانع ان يجتمع هذا الخيار مع غيره من الخيارات ، كخيار المجلس والحيوان ، والغبن . وايضاً كما لو باع بأقل من قيمة السوق ، ولم يقبض الثمن ، ولم يتبين له الغبن الا بعد مضي ثلاثة ايام ، فله ، والحـال هذي ، ان يفسخ بسبب الغبن ، كما له ان يفسخ بسبب تأخير الثمن .

مضيق لا موسع :

ذهب المشهور الى وجوب المبادرة فوراً الى هذا الخيار عند انتهاء الأيام الثلاثة ، تماماً كما هي الحال في خيار الغبن ، فلو مضت الثلاثة ، وتأخر البائع عن الفسخ في غير عذر يكون البيع لازماً ، ولا يحق له الفسخ اقتصاراً فيما خالف ادلة اللزوم على موضع اليقين ، اعني أقل امد يندفع به الضرر ، وسبق البيان مفصلاً ومطولاً في خيار الغبن فقرة « الخيار مضيق لا موسع » .

الدليل :

استدل الفقهاء على ثبوت هذا الخيار بدليلين :

الاول : ان الصبر طويلاً يستدعي الضرر ، ولا ضرر ولا ضرار في الاسلام ، بل هو اشد من ضرر الغبن ، لأن البائع ممنوع من التصرف في المبيع بعد ان نقله عن ملكه الى ملك الغير ، ولأنه لو هلك يذهب من مال البائع .

الثاني : قول الامام الصادق (ع) : من اشترى بيعاً ، فمضت ثلاثة ايام فلا بيع له .

وايضاً سئل عن الرجل يشتري من الرجل المتاع ، ثم يدعه عنده ، فيقول : اجيئك بثمنه ؟ فقال الامام : ان جاء ما بينه وبين ثلاثة ايام ، والا فلا بيع له .

وتقول : ان الظاهر من قول الامام (ع) : « فلا بيع له » هو نفي البيع ، وبطلانه من رأس ، لا صحة البيع مع ثبوت الخيار للبائع ، وعليه فلا مستند للقول بهذا الخيار .

ونجيب بأن قوله : «لا بيع له» ظاهر في نفي البيع للمشتري فقط ، لا نفي البيع من رأس ، لأن الضمير في «له» يعود الى المشتري ، هذا ، الى ان الغرض الأول من هذا البيع هو الارفاق بالبائع ، وعدم تضرره بالتأخير ، وليس من شك ان الارفاق وعدم الضرر يتحقق بجعل امضاء البيع وفسخه في يد البائع ، بل ان بطلان البيع يتنافى مع الارفاق ، إذ من الجائز ان تكون مصلحة البائع في الامضاء ، ولو مع تأجيل الثمن ، ولهذا وغيره فهم الفقهاء من النفي في قول الامام (ع) نفي اللزوم ، لا نفي الصحة .

وقد اتضح من الدليل والشروط ان هذا الخيار مختص بالبيع فقط ، دون سائر العقود .

موجبات السقوط :

يسقط هذا الخيار بامور :

١ - اجمع الفقهاء ان هذا الخيار يسقط باسقاط البائع له بعد مضي الأيام الثلاثة ، واختلفوا اذا اسقطه بعد العقد ، وقبل مضي الثلاثة ، فنهم من قال : لا يصح ، لأنه اسقاط لما لم يجب ، إذ المفروض ان الخيار يثبت بعد الثلاثة لا قبلها ، ومنهم من قال : بل يصح ، وهو الحق ، لأن السبب لثبوت هذا الخيار بعد الثلاثة هو العقد الموجود بالفعل ، فلا يكون اسقاطاً لما لم يجب ، بل لما وجب بوجود سببه .

٢ - ان يشترط المشتري على البائع اسقاط هذا الخيار في متن العقد .. ولا مانع من ذلك ما دام ممكناً عقلاً ، غير منهي عنه شرعاً ، وأي مانع ان ينشيء الانسان - الآن - سقوط حقه الذي سيوجد حتماً بعد ثلاثة ايام او اقل او اكثر ، مع العلم بأن السبب متحقق وموجود بالفعل ،

وسبق في فصل « شروط العقد » انه لا دليل على بطلان مثل هذا التعليق .

٣ - اذا قبض البائع الثمن من المشتري بعد الثلاثة سقط خياره ، لأن الأخذ منه امضاء فعلي للبيع ، تماماً كما لو قال شخص آخر : اشتريت منك هذا المتاع بكذا ، واعطاه الثمن ، فأخذه منه صاحب المتاع .

اما قول من قال : انما يكون الاخذ امضاء للبيع اذا حصل منه العلم او الظن بالرضا ، والا فلا اثر للأخذ - اما هذا القول فأجاب عنه الشيخ الانصاري بقوله : الاقوى عدم اعتبار الظن الشخصي في دلالة التصرفات على الرضا ، كما هو الشأن في سقوط خيار الحيوان وغيره بالتصرف ، وسبق ذلك مفصلاً .

ما يسرع اليه الفساد :

التحديد بالأيام الثلاثة انما هو للمبيع الذي لا يسرع اليه الفساد ، كالعقار والثوب والحيوان ، اما الذي يسرع اليه الفساد ، كالخضار والفواكه ، واللبن واللحم ، وما اليه فيثبت الخيار فيه للبائع في الزمان الذي يكون التأخير عنه ضرراً عليه ، لأن الغرض من هذا الخيار هو تلافي الضرر .. وقد سئل الامام الصادق (ع) عن الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه ، ويتركه ، حتى يأتي بالثمن ؟ قال : ان جاء فيما بينه وبين الليل ، والا فلا بيع له .

والانتظار الى الليل ، او يوماً كاملاً ليس بشرط في كل ما يسرع اليه الفساد ، وان كان ظاهر الرواية ذلك ، لأن من الاشياء ما يسرع اليه الفساد في نصف يوم ، او دونه ، فينبغي - اذن - تحديد الانتظار بالوقت الذي يخشى فيه الفساد ، بحيث اذا تأخر عنه فسد المبيع ، وتضرر البائع ، فينتظر ساعة فقط فيما لا ينبغي الانتظار فيه اكثر من ذلك ، وساعتين اذا اقتضى الأمر الصبر ساعتين ، وهكذا . اما النص الذي

دل بظاهره على الانتظار الى الليل فنزل على ما يفسده ، او ينقص من ثمنه المبيت والبقاء الى اليوم التالي ، كالخضار والفواكه واللحم ، لان هذه وما اليها مما يفسده المبيت هي السلعة الغالبة فيحمل النص عليها .

هذا ما قاله الفقهاء ايام زمان ، وقد كان ملائماً لظروفهم وعاداتهم ، وعلينا نحن اليوم ان نفتي بما يتفق مع اهل هذا العصر ، وعاداتهم اذا لم تحلل حراماً ، ولم تحرم حلالا .

تلف المبيع :

اذا تم البيع ، ولم يدفع المشتري الثمن ، ولا قبض المبيع ، ثم هلك في يد البائع ، فهل يهلك من مال المشتري ، او من مال البائع ؟

لقد اتفق الفقهاء بشهادة صاحب الجواهر والمسالك ان المبيع اذا تلف بعد الايام الثلاثة ذهب من مال البائع ، واختلفوا اذا هلك في اثنائها ، وقبل مضيها ، فذهب المشهور الى انه من مال البائع ايضاً ، وقيل : بل من مال المشتري .

وقبل ان نذكر الدليل على الحق الذي ذهب اليه المشهور نمهد بالاشارة الى قواعد ثلاث :

القاعدة الاولى : « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » . واصل هذه القاعدة حديث نبوي مشهور .

القاعدة الثانية واصلها حديث نبوي مشهور ايضاً ، وهي : « الخراج بالضمان » أي ان من له ثمرة الشيء ونتيجته فعليه ضمانه وخسارته ، فاستحقاق الثمرة في مقابل تحمل الخسارة .

القاعدة الثالثة : « تلف المبيع بعد قبضه من مال مَن لا خيار له » . واصل هذه القاعدة الاجماع على ما قيل .

واذا قارنا بين القاعدة الثالثة ، وبين القاعدة الاولى ظهر لأول وهلة وجود التنــافي بين القاعدتين اذا اردنا تطبيقها على ما نحن فيه ، لأن الاولى تستدعي ان يكون تلف المبيع بعد الثلاثة من مال البـائع ، لا من مال المشتري ، سواء أكان هناك خيار لاحدهما ، او لهما ، او لا خيار من الاساس ، والقـاعدة الثالثة تستدعي ان يكون التلف بعد الثلاثة من مال المشتري ، لا من مال البائع ، لانها تقول : ان تلف المبيع فهو من مال من لا خيار له ، سواء أكان بائعاً او مشترياً ، ومعلوم ان الذي لا خيار له في مسألتنا هو المشتري ، اما البائع فله الخيار ، وعليه ينبغي ان يكون التلف من مال المشتري ، لا من مال البائع .

ولكن بالنظر والروية يرتفع هذا التنافي ، وذلك ان القاعدة الاولى مختصة بغير المقبوض ، والثالثة مختصة بالمقبوض ، فاين المنافاة ؟ هذا ، الى ان الثالثة لا تشمل جميع افراد الخيار ، بل هي مختصة بخيار المجلس والشرط والحيوان ، عند الشيخ الانصاري ، ويأتي الكلام والتحقيق في فصل احكام الخيار .

واذا قارنا بين القاعدة الاولى ، وهي كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ، والقاعدة الثانية ، وهي الخراج بالضمان – بدا لأول وهلة التنافي بين القاعدتين ، لان الثانية تقول : من كانت له ثمرة الشيء فعليه ضمانه ، سواء أكان مقبوضاً في يده او لم يكن مقبـوضاً ، وعلى هذا يكون تلف المبيع قبل قبض المشتري من ماله ، لا من مال البائع ، لان خراجه للمشتري ، لا للبائع ، والاولى تقول : ان تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع ، لا من مال المشتري ، حتى ولو كان الخراج له ، وهذا هو التنافي بعينه .

ولكن لما كانت الاولى مختصة بالتلف قبل القبض ، والثانية تعم التلف قبل القبض وبعده ، والخاص مقدم على العام ترتفع المنافاة ، ولا يبقى لها من اثر ، وتكون نتيجة الجمع بين القاعدتين ، وعطف احداهما على

الأخرى هكذا : الخراج بالضمان الا اذا تلف المبيع الذي خراجه للمشتري ، وهو ما زال في يد البائع فانه يتلف والحال هذي ، من مال البائع ، لا من مال المشتري .

فتحصل مما قدمنا ان المبيع اذا تلف في الايام الثلاثة ، او بعدها يكون التلف من مال البائع ، للقاعدة السالمة عن كل معارض ، والدالة بنحو الشمول والعموم على ان «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» سواء أكان هناك خيار ، او لم يكن ، وسواء أتلف المبيع في زمن الخيار ، او قبله او بعده ، وسواء أكان الخيار للبائع او للمشتري .

ومما يدل على ان التلف من مال البائع قبل القبض ما روي عن الامام الصادق (ع) انه سئل عن رجل اشترى من آخر متاعاً ، واوجبه له ، غير انه ترك المتاع عنده ، ولم يقبضه ، وقال : آتيك غداً انشاء الله تعالى ، فسرق المتاع ، من مال من يكون ؟ قال الامام : من مال الذي هو في بيته ، حتى يقبض المتاع ، ويخرجه من بيته .

خيار الرؤية

العين الغائبة :

سبق في فصل شروط العوضين انه لا بد من معرفة الثمن والمثمن ، وان الطريق الى معرفتها قد تكون المشاهدة الحالية ، وقد تكون المشاهدة السابقة ، وقد يكون الوصف .

وخيـــار الرؤية يتصل اتصالاً وثيقاً بهذا الشرط ، لأن محله الشيء الخارجي الذي يشترّيه المتعاقد ، او بيعه على الوصف دون الرؤية ، ولدى التسليم والتسلم ينظر ويقارن بين الوصف والموصوف ، فان حصل التطابق لزم البيع ، ولا خيار ، وان كان المعقود عليه دون الوصف ثبت الخيار للمشتّري ، وان زاد عن الوصف كان الخيار للبائع ، كمن باع ماله الغائب على ما وصف له ، او باع ماله الحاضر بمال غائب ، وبهذا يتضح ان خيار الرؤية يشمل البائع والمشتّري .

وتسأل : لماذا سمي هذا الخيار بخيار الرؤية ، مع العلم بأن الرؤية لم تحصل قبل التعاقد ، كما هو المفروض ، فكان الاليق ان يسمى خيار تخلف الوصف .

الجواب : لما كان المفروض ان رؤية المبيع بعد التعـــاقد على غير

الوصف هي السبب لهذا الخيار سمي باسمها ، وجاءت التسمية في محلها .

التجارة وهذا الخيار :

وخيار الرؤية اكثر اتصالاً من سائر الخيارات بالتجارة بخاصته الواسعة منها ، حيث يضع التجار الكبار نماذج للاثواب المشدودة في رزمانها ، وللفاكهة في صناديقها ، والسكر والحبوب في اكياسها ، والسمن والزيت ، وسائر الدهون في ظروفها ، ثم يقع البيع والشراء قياساً على صفة النماذج المعروضة ، لان فتح الجميع ، ومشاهدة اجزائها بكاملها صعب عسير ، وربما اضر بصاحب السلعة .

والبيع على هذا الوجه صحيح ، وللمشتري الفسخ اذا تخلف الوصف عن صفة المثال والانموذج .

شرطان :

يعتبر في هذا الخيار شرطان :

١ — ان يكون محل العقد عيناً موجودة في الخارج بالفعل ، بحيث يمكن رؤيتها والاشارة اليها حين العقد ، ولكنها غائبة عن محله ، كأن يقول البائع للمشتري : بعتك داري الموجودة في بلد كذا ، والتي صفتها كذا ، فيكون المبيع هذه الدار بالذات ، اما الصفات فمن توابع المبيع وعوارضه ، وبتخلفها عنه يوجد سبب الخيار ، اما لو باعه كلياً موصوفاً في الذمة فلا يكون محلاً لهذا الخيار :

اولاً : لتعذر رؤيته والاشارة اليه .

ثانياً : للفرق بين وصف المبيع الموجود في الخارج ، وبين وصف

المبيع الموجود في الذمة ، فان الوصف الاول من عوارض المبيع ، لا من مقوماته ، والوصف الثاني من مقوماته ، لا من عوارضه . وتظهر نتيجة الفرق بينهما حين الوفاء اذا لم يتفق الوصف ، مع العين التي يريد تسليمها للمشتري وفاءً بالعقد ، حيث يصح البيع مع الخيار في المبيع الموجود خارجاً ، ويلزم البائع – في المبيع بالذمة – بابدال العين بما يحقق الوفاء بالعقد .

٢ – ان يذكر العين المبيعة بلفظ يدل بوضوح وصراحة على جنسها وصفاتها التي تختلف فيها الرغبات ، بحيث يقوم الوصف مقام الرؤية والمشاهدة ، وترتفع به الجهالة الموجبة للغرر ، واذا انتفى الوصف الرافع لهذه الجهالة بطل البيع من اساسه ، لمكان الغرر ، كما تقدم في فصل شروط العوضين .

ثم ان المعيار لتطابق الوصف مع المبيع الموجب لسقوط الخيار ، وعدم هذا التطابق الموجب لثبوت الخيار ، ان المعيار هو فهم العرف ، ولا ضابط سواه .

الرؤية السابقة :

اذا شاهد المشتري عيناً في زمن سابق على العقد ، او شاهد البائع العين التي يملكها ، ثم غاب عنها امداً ، فباع المالك ، او اشترى المشتري اعتماداً على الرؤية السابقة ، اذا كان كذلك يبطل البيع والشراء ان اقتضت العادة تغير المبيع في الامد المتخلل بين الرؤية والعقد ، ولا يصح الا بذكر الصفات من جديد ، بحيث يكون من صغريات خيار الرؤية ، وان اقتضت العادة بقاء الصفات صح البيع والشراء ، فإن انكشف البقاء على ما كان ، وعدم التغير لزم العقد ، ولا خيار ، والا تخير البائع ان زادت الصفات في مالية المبيع ، وتخير المشتري ان نقصت ،

قال صاحب الحدائق في المجلد الخامس فصل خيار الرؤية :

« لو اشترى برؤية قديمة تخير ايضاً - اي كما يتخير عند تخلف الوصف - لو ظهر بخلاف ما رآه ، وكذا من طرف البائع الا ان هذا ليس من افراد هذا الخيار الذي هو محل البحث ، لانه مقصور على ما لم ير ، حيث اشترط فيه الوصف عوضاً عن الرؤية ، ولا يشترط وصف ما سبقت رؤيته ، وانما يباع ويشترى بالرؤية السابقة ، غاية الأمر انه اذا ظهر خلاف ذلك ، لطول المدة ، او عروض عارض ، او نحو ذلك تخير بائعاً كان او مشترياً » .

لا ارش :

ذهب المشهور بشهادة الشيخ الانصاري الى ان الخيار - هنا - انما هو بين الرد والامساك مجاناً ، كما هو الشأن في خيار الغبن ، فلا يحق للمشتري ان يمسك المبيع مع المطالبة بالارش - اي عوض الصفة الفائتة - بل اما ان يرد ، واما ان يمسك بالثمن المسمى ، وليس للبائع - ان زادت الصفة - ان يبذل العين ، مع المطالبة بعوض الصفة الزائدة ، بل اما ان يفسخ البيع ، واما ان يسلم المبيع بالثمن المسمى .. ورد الشيخ الانصاري على من قال بالتخيير بين الرد والامساك بالارش ، رد بقوله : « لا دليل على الارش » .

الدليل :

من الخطأ التدليل على هذا الخيار بالغرر ، لان الغرر ما دخل عقداً الا نقضه من اساسه بيعاً كان او غير بيع ، ومن هنا يصح ان نقول : الغرر مبطل للعقد ، والضرر موجب للخيار مع صحة العقد ، والادلة

على هذا الخيار ثلاثة :

الاول : ان الالزام بالتعاقد ، مع تخلف الوصف ضرر ، ولا ضرر ولا ضرار في الاسلام .

وقد يلاحظ بأن الضرر يرتفع بأخذ الارش ، ولكن الارش لا دليل عليه كما قال الشيخ الانصاري ، فيتلافى الضرر بالفسخ وجواز الرد .

الثاني : ان الصفات التي ابتنى عليها العقد بمثابة الشرط الذي اخذ في ضمن العقد ، وما من شك ان تخلف الشرط موجب للخيار .

اما قول من قال بأن لا عبرة بالشرط اذا لم يذكر في متن العقد فجوابه ان الغاية الاولى من ذكر الشرط في متن العقد هو التعبير عن التراضي ؛ وارادة المتعاقدين ، وبديهة ان التعبير السابق الذي ابتنى عليه العقد ، تماماً كالتعبير في متن العقد عند اهل العرف ، دون ادنى تفاوت.

الثالث : ان الامام الصادق (ع) سئل عن رجل اشترى ضيعة كان يدخلها ، ويخرج منها ، ولما نقد المال ، وصار الى الضيعة ، وقلّبها رجع واستقال صاحبه ، فلم يقله ؟ قال الامام : لو انه قلّب منها ، ونظر الى ٩٩ قطعة ، ثم بقي منها قطعة لكان له في ذلك الخيار .

والرواية هذه ، وان كان موردها المشتري غير ان من اليقين ان سبب الخيار هو تخلف الوصف عن الموصوف ، فيعم المشتري والبائع .

الخيار مضيق لا موسع :

يثبت هـذا الخيار على الفور عند المشهور ، اي انه مؤقت بزمن الرؤية ، فاذا انكشف للمتعاقد الخلاف عند الرؤية ، وتمكن من الفسخ ، ولم يفسخ بطل خياره ، تماماً كما هو الشأن في خيار الغبن ، والتأخير ، والدليل هو الدليل .

سائر العقود :

لا يختص هذا الخيار بالبيع ، بل يثبت في كل عقد يقبل الفسخ والتقايل ، على شريطة ان يقع على عين خارجية يمكن الاشارة اليها ، ولكنها غائبة وموصوفة بما يرفع الجهالة والالتباس ، كما تقدم ، فلا يثبت خيار الرؤية في الزواج ، لانه لا يقبل الفسخ ، ولا في الصلح على ما في الذمة ، ويثبت في الاجارة ، والصلح على عين خارجية .

وخلاصة الدليل على ثبوت هذا الخيار في غير البيع ان السبب الموجب له في البيع متحقق بذاته في غير البيع ، وأعني به تخلف الوصف الذي هو بمثابة الشرط في متن العقد .

المطابقة للبعض :

اذا اشترى على الوصف عدداً معيناً من اكياس الحنطة والسكر ، او صناديق الفاكهة ، وما الى ذلك ، ولدى التسليم والتسلّم رأى بعضها على الوصف ، وبعضها على غيره ، اذا كان الامر كذلك تخير بين امضاء البيع في الجميع ، وبين الفسخ في الجميع ، وليس له الاقتصار على الامضاء في المطـابق ، والفسخ في المخالف ، لان الصفقة واحدة وتبعيضها ضرر على البائع .

موجبات السقوط :

يسقط هذا الخيار بأمور :

١ – اذا رأى المشتري العين التي اشتراها ، او رأى البائع العين التي باعها كذلك ، ورضي بالتعاقد وامضائه ، مع تخلف الوصف عن

الموصوف ، اذا كان كذلك سقط حقه في الخيار ، وليس له بعد الرضا العدول والفسخ .

٢ – اذا تصرف بالعين تصرفاً دالاً على الرضا ، بحيث يعد التصرف امضاء فعلياً في نظر العرف يسقط الخيار دون فرق بين ان يكون التصرف بعد الرؤية ، او قبلها ، كما لو باع المشتري ، او وقف العين التي اشتراها على الوصف قبل ان يراها .

٣ – يسقط باسقاطه بعد العقد ، وقبل الرؤية ، لان الخيار حق ثابت بالعقد ، ومن حينه ، لا بالرؤية ومن حينها ، ولكل ذي حق ان يسقط حقه ، اجل ، ان الرؤية كاشفة عن وجود الخيار ، وليست سبباً ، ولا شرطاً لثبوته ، وسبق البيان في خيار الغبن .

٤ – هل يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في متن العقد ؟

قيل : اذا اشترط ذلك في متن العقد فسد الشرط ، وافسد العقد ، واختاره الشيخ الانصاري .

وقيل : بل يصح الشرط والعقد معاً ، وهو الحق ، لعموم : « المؤمنون عند شروطهم » ، اذ لا مانع من هذا الشرط ، لان سبب الخيار هو العقد ، والعقد موجود ، فلا يكون اسقاطاً لما لم يجب ، بل لما وجب بوجوب سببه .

اما استدلال الشيخ الانصاري على الفساد والافساد بأن تخلف الوصف موجب لثبوت الخيار ، واشتراط سقوط الخيار معناه عدم ثبوت الخيار ، وهو عين التنافي والتناقض فيرده اولاً بانه لو تم لما صح الاسقاط اطلاقاً ، حتى بعد الرؤية .. ثانياً ان تخلف الوصف انما يوجب الخيار اذا تجرد العقد عن اشتراط سقوطه ، اما معه فلا يكون موجباً له ، فأين التنافي والتناقض ؟

خيار العيب

اصل السلامة :

كل فقيه تعرض لخيار العيب قال : اطلاق العقد يقتضي سلامة العين ، لان الاصل في المبيع من الاعيان ان يكون سالماً من العيوب .. وما من عاقل يقدم على بذل ماله في مقام التعاقد المجرد عن القيد الا بهذا القصد ، قال الشيخ الانصاري : « انما يترك الناس اشتراط السلامة في متن العقد اعتماداً على هذا الاصل » . وقال غيره : اذا افترض ان شخصاً اشترط السلامة في متن العقد فان شرطه هذا يكون توضيحاً للمعنى الذي اقتضاه العقد ، لا تأسيساً لمعنى جديد .

اذن ، اقتضاء العقد للسلامة ضابط كلي يصح الاعتماد عليه لاثبات ان الاتفاق بين المتعاقدين وقع على السليم دون المعيب اذا شككنا في ذلك ، ولا بينة .

معنى العيب :

الغبن ، وتخلف الوصف عن الموصوف ، والتدليس ، والعيب الموجب

للخيار ، كل اولاء ، وما اليها لا ترد معرفتها الى الشارع ، لانها ليست من الحقائق الشرعية في شيء ، وانما هي موضوعات خارجية يرجع في تحديد معانيهـا والمفهوم منها الى العرف ، واذا تعرض لها الشارع احياناً فانما يتعرض لها ارشاداً الى ما عليه العرف ، واذا بحثنا نحن عنها في كلماته فانما نبحث عنها طلباً لهذا الارشاد ، وهـذه الهداية ، لانه اكمل اهل العرف واعلمهم . اما الرجوع الى اقوال الفقهاء ، فانه لا يجدي نفعاً في معرفة معاني الاسماء ، بل قد يحدث الرجوع اليهم ردة فهم ، ويوقع في التشويش والاضطراب ، لانهم اقل الناس معرفة للناس ، وأذواقهم وعاداتهم . فعلى الفقهاء انفسهم ان يرجعوا في فهم معاني الاسماء الى العرف ، ولا يرجع احد اليهم في ذلك ، فانهم منـذ عهد الطفولة الى عهد الشيخوخة غارقين الى الآذان في الكتب وحل الطلاسم ، وحفظ المتون والشروح ، والنظريات والاشكالات ، فمن التعليلات النحوية الى القياسات المنطقية ، الى الاحتمالات الاصولية ، ولا يصل احدهم الى الفقه ـ في الغالب ـ الا وقد استحال ذهنه وعقله الى كتلة من التوجيهات والتأويلات ، والتشكيك والتردد والا في قوله يحتمل ويحتمل « واذا طرأ الاحتمال بطل الاستدلال » .. وهذا هو السر في توقفهم وعدم جزمهم في اكثر الفتاوي ، او الكثير منها ، وتكرار لفظ الاحوط والأولى ، حتى في الرسائل واجوبة المسائل .

فالمعيار الوحيد ـ اذن ـ للعيب الموجب للخيار هو ان يرى العرف أن الزام المتملك بالعين المعيبة قهراً عنه يستدعي الحاق الضرر به ضرراً لا يتسامح بمثله عادة .. اما رواية الامام ابي جعفر الصادق (ع) عن آبائه عن جده الرسول الاعظم (ص) انه قال : كل ما كان في اصل الخلقة ، فزاد او نقص فهو عيب ، اما هذا الحديث الشريف ، وما اليه فهو ارشاد الى المعنى العرفي في ذاك العهد ، وليس تحديداً للمعنى الشرعي الثابت الى يوم القيامة . هذا ، الى ان الحديث خاص في الطبيعيات ،

ولا يشمل الاشياء الصناعية التي هي محل البلوى اكثر من غيرها ، بخاصة في هذا العصر .

وبالتالي ، فان العيب الذي يختلف باختلاف الاعيان لا ضابط له الا فهم العرف الذي يختلف ايضاً باختلاف الازمان والبلدان ، واثبات غير هذا الضابط دونه اكثر من محال .

شرطان :

يُشترط لثبوت هذا الخيار شرطان : الاول ان يكون العيب موجوداً في العين قبل قبضها ، سواء أحدث قبل العقد ، او قبل القبض وبعد العقد ، لان حكم العيب الحادث قبل القبض تماماً كحكم الحادث قبل العقد ، فاذا حدث العيب عند المتملك ، وبعد ان قبض العين فلا خيار .

الثاني : ان لا يقدم على التعاقد ، وهو على علم بالعيب ، فاذا اقدم مع علمه هذا فلا خيار .

ومتى توافر هذان الشرطان تخير المتملك بين رد العين ، وبين امساكها بالارش ، وخيار العيب هو الوحيد من بين الخيارات التي يثبت فيه الارش .

الدليل :

ان ادلة الخيارات واحدة ، او متشابهة ، لان المناط فيها ، او في اكثرها واحد ، ومن هنا استدلوا على هذا الخيار بالادلة على غيره ، وهي :

١ – ان الالزام بالمبيع المعيب ضرر ، ولا ضرر ولا ضرار في الاسلام .

٢ – ان العقد يقتضي السلامة ، لانه عقد معاوضة ، والمعاوضة

مبناها على المساواة عادة ، وعلى هذا تكون سلامة المبيع شرطاً ضمنياً في العقد ، بحيث لو اشترط الصحة في متن العقد لما افاد هذا الشرط سوى التأكد والتوضيح ، كما تقدم ، وبديهة ان الشرط الضمني يجب الوفاء به ، تماماً كما يجب الوفاء بالشرط الصريح .

جاء في مفتاح الكرامة : « قال جماعة : ان اشتراط الصحة مجرد تأكيد ، لان اطلاق العقد يقتضي السلامة ، لان الاصل في المبيع من الاعيان السلامة من العيوب ، فاذا أقدم المشتري على بذل ماله في مقابل فانما بنى اقــدامه على غالب ظنه المستند الى اصل السلامة ، فاذا وُجد عيب سابق على العقد وجب ان يتمكن من التدارك ، وذلك بثبوت الخيار » .

٣ - النص ، ومنه قوله تعالى : « ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل » .

وقول الرسول الاعظم (ص) : لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس .. ومن غشنا فليس منا .. ولا يحل لمسلم ان يبيع سلعة من السلع ، وهو يعلم ان فيها عيباً قل ، او كثر ، حتى يبين ذلك لمبتاعه ، ويقفه عليه وقفاً يكون علمه به كعلمه ، فان لم يفعل ذلك ، وكتمه العيب ، وغشه لم يزل في مقت الله ، ولعنة ملائكته .

وسبقت الاشارة الى ان مثل هذه النصوص لا تدل على ثبوت الخيار ، وان اقصى ما تدل عليه ان الغش محرم ، تماماً كالكذب والغيبة والرياء ، اجل ، لقد جاء عن النبي (ص) انه اجاز للمشتري ان يرد عبداً من عيب وجده فيه ، وايضاً اجاز لمن اشترى شاة مصراة ان يردها مع صاع من تمر . ومعنى تصرية الشاة ان يترك الحليب في ضرعها امداً ، حتى يكثر ، فيرغب الجاهل بحالها في الشراء بزيادة .

وروي عن الامام (ع) انه قال : ان خرج في السلعة عيب ، وعلم المشتري ، فالخيار اليه ، ان شاء رد ، وان شاء اخذ ، ورد بالقيمة ارش المعيب .

قال صاحب الحدائق : هذه الرواية هي المستند في ذلك لكلام المتقدمين ،

وتبعهم جملة من المتأخرين .

وسئل الامام الصادق (ع) عن رجل يشتري الثوب ، او المتاع ، فيجد فيه عيباً ؟ قال : ان كان الثوب قائماً بعينه رده على صاحبه ، واخذ الثمن ، وان كان الثوب قد قطع ، او خيط ، او صبغ رجع بنقصان العيب .

٤ – الاجماع .. وما رأيت فقيهاً تردد في ثبوت هذا الاجماع ، حتى الشيخ الانصاري المعروف بالتشدد ، وكثرة التحفظ قال : « ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد ، واخذ الارش بلا خلاف » . وقال صاحب الجواهر : « الخيار بين فسخ العقد ، واخذ الارش عليه الاجماع المحصل والمحكي المستفيض صريحاً وظاهراً ، وهو الحجة » .

واذا عطفنا الاجماع على النص السابق ، حصل لنا الاطمئنان الكافي الوافي بثبوت خيار العيب بين الرد ، والامساك بالارش .

حكم الارش :

معنى الارش في اللغة الدية ، وهذا المعنى هو الاصل لقول الفقهاء : الارش هو المال المأخوذ عوضاً عن نقص مضمون مادياً ، فمن اشترى شيئاً ، فوجده غير تام ، واخذ عوض النقص الفائت فهذا العوض يسمى ارشاً .

وقد اتفق الفقهاء – كما قلنا – ان من اشترى شيئاً ، ووجد فيه عيباً فهو مخير بين رده الى البائع واسترجاع الثمن ، وبين امساكه والمطالبة بالارش ، واختلفوا فيما بينهم : هل الارش على وفق الاصل بحيث يصح القول به ، حتى ولو لم يكن اجماع ، او هو على خلاف الاصل ، وانما خرجنا عن الاصل لمكان الاجماع الحاكم على الاصول والقواعد ؟ وقد حاول بعض الفقهاء ان يجعل الارش على وفق الاصل بهذا

التقريب : ان الوصف الفائت بمنزلة الجزء من المبيع ، والجزء الفائت له عوض يقابله ، فكذلك الوصف اذا فات .

ويلاحظ اولا : ان الجزء شيء ، والوصف شيء آخر ، وبتعبير الشيخ الانصاري « ان تنزيل الوصف منزلة الجزء لا دليل عليه عرفاً ولا شرعاً » .

ثانياً : ان هذا لو تم لثبت الارش في كل وصف تخلف عن المبيع ، حتى في خيار الرؤية ، ولا قائل بذلك .

والحق ان الارش على خلاف الاصل اذا امكن رد العين ، ولولا الاجماع لما صح القول به ، وذلك ان البائع لم يرض بانتقال العين عن ملكه الا بالثمن المسمى ، فإلزامه قهراً عنه بما دون الثمن الذي رضي به ضرر وتحكم ، كما ان الزام المشتري قهراً عنه بالمعيب ضرر وتحكم .. وليس من شك ان ضرر المشتري يرتفع برد المبيع ، وارجاع كل شيء الى اصله ، كما هو الشأن في سائر الخيارات التي اثبتوها بقاعدة لا ضرر ، وحكموا فيها بجواز الرد ، لا بأخذ الارش .

هـــذا ، الى ان جعل خيار الارش للمشتري ليس باولى من جعله للبائع ، بحيث اذا اراد المشتري الرد بالعيب الزمه البائع بالامساك مع التعويض عليه ، وكما يرتفع الضرر عن المشتري اذا خيرناه بين الرد وبين الامساك بالارش يرتفع ايضاً اذا خيرنا البائع بين ان يرد الثمن ويسترجع المثمن ، وبين ان يدفع عوض العيب والنقص .

والناس ، كل الناس ، يرون البائع منصفاً او محقاً اذا قال للمشتري : لا ارد عليك قرشاً واحداً من الثمن ، بل ادع لك الخيار بين ان تقبل المبيع على عيوبه وعلاته دون تعويض ، وبين ان ترده ، وتأخذ ما دفعته كاملاً غير منقوص .

اجل ، اذا تعذر رد المبيع الى البائع جازت المطالبة بالارش ، إذ لا وسيلة لرفع الضرر الا به ، ومثال ذلك ان يشتري الطعام فيأكله ،

او الثوب فيخيطه ، ثم يعلم بالعيب ، فهنا يمتنع الرد فيتلافى الضرر بالارش ، ومن هنا قال الشيخ الطوسي والسيد اليزدي بالخيار بين الرد والامساك مجاناً مع امكان الرد ، كسائر الخيارات ، واذا تعذر الرد جازت المطالبة بالارش .

ولهذا القول وجه وجيه لولا الاجماع على اخذ الارش مع التمكن من الرد ، وبه خرجنا عن الاصل .

حساب الارش :

اذا اختار المشتري امساك المعيب بالارش ، فيحسب الارش هكذا : يقوم المبيع صحيحاً ، ثم يقوم معيباً ، وينظر الى النسبة بين القيمتين ، ويدفع البائع للمشتري عوضاً عن الوصف الفائت مبلغاً يعادل النسبة بين قيمة الصحيح ، وقيمة المعيب ، مع صرف النظر عن القيمة السوقية للوصف الفائت ، فاذا كانت قيمة المبيع صحيحاً مئة ، وقيمته معيباً ثمانين تكون نسبة التفاوت الخمس ، فيرجع المشتري بخمس الثمن المسمى ، فإن كان هذا الثمن مساوياً للقيمة السوقية رجع عليه بعشرين ، وان كان اقل كما لو اشترى المبيع بخمسين رجع عليه بعشرة ، وان كان اكثر كما لو اشترى بمئة وخمسين رجع بثلاثين ، فليس المعيار لتقدير الارش القيمة الحقيقية للوصف الفائت بالغة ما بلغت ، وانما المعيار هو النسبة الى الثمن المسمى ، لان كلاً من المتعاقدين اقدم على التعاقد بالثمن المسمى ، والتزم به ، لا بالقيمة السوقية ، ومعنى هذا ان البائع قد تعهد للمشتري تعهداً ضمنياً بانه اذا تخلف وصف الصحة عوّض قيمة الفائت التي تتفق مع الثمن المسمى ، لا مع القيمة السوقية ، لان هذه قد تحيط بالثمن المسمى ، او تزيد عليه ، كما اذا اشترى بعشرة ، وكانت قيمة الفائت تساوي عشرين ، فلو اجزنا للمشتري ان يرجع بالعشرين للزم ان يجمع

بين العوض والمعوض مع زيادة عشرة .

اختلاف الخبراء :

اذا اختلف الخبراء في تقويم المبيع ، فقومه احدهم بعشرة صحيحاً ، وثمانية معيباً ، وقومه الآخر صحيحاً باثني عشر ديناراً ، ومعيباً بعشرة اخذنا النصف من كلٍ من القيمتين للصحيح ، والنصف من القيمتين للمعيب، فتكون القيمة الصحيحة أحد عشر ، والمعيبة عشرة ، وان كان المقومون ثلاثة اخذنا الثلث ، او اربعة الربع ، وهكذا . قال الشيخ الانصاري « هذا هو الاقوى ، وعليه معظم الفقهاء » لان العمل بقول خبير دون خبير ترجيح بلا مرجح ، والعمل بالكل متعذر ، وطرح الجميع لا يحل المشكلة ، فتعين العمل بالبعض من كل قول .

تبعيض الصفقة :

اتفق الفقهاء كلمة واحدة بشهادة صاحب الجواهر ، وصاحب مفتاح الكرامة على ان من اشترى شيئين صفقة واحدة ، وبثمن واحد ، ثم وجد احدهما صحيحاً ، والآخر معيباً تخير المشتري بين ان يردهما معاً ، او يمسكها معاً ، ويطالب بالارش بدلاً عن الوصف الفائت في العين ، وليس له ان يمسك الصحيح ، ويرد المعيب .
ولو تبين ان احد الشيئين مملوك لغير البائع تخير المشتري ايضاً بين فسخ البيع ، واسترجاع الثمن ، وبين ان يمسك الشيء الذي يملكه البائع بقسطه من الثمن ، ويسمى هذا بخيار تبعيض الصفقة ، وبتفريق الصفقة ، وكذا لو كان المبيع شيئاً واحداً ، وظهر بعضه لغير البائع ، فان المشتري بالخيار بين الفسخ من الاساس ، وبين امساك حصة البائع .

الخيار للمشتّري والبائع :

يثبت هـــذا الخيار للبائع اذا ظهر العيب في الثمن ، تماماً كما يثبت للمشتّري ، فمن باع بقرته بفرس غيره ، وبعد ان قبضها وجد فيها عيباً تخير بين رد الفرس ، وبين امساكه بالارش ، قال الشيخ الانصاري : « لا فرق في الخيار بين الثمن والمثمن ، والظاهر انه مما لا خلاف فيه ، وان كان مورد الروايات - اي التي جاءت عن اهل البيت - ظهوره في المبيع ، لان الغالب كون الثمن نقداً غالباً ، والمثمن متاعاً ، فيكثر فيه العيب بخلاف النقد » .

بقية العقود :

هل تختص المطالبة بالارش بالبائع والمشتّري فقط مع وجود العيب ، بحيث لا يثبت الارش اطلاقاً في غير البيع من العقود ، او انه يثبت ، وتجوز المطالبة به لكل من تملك عيناً بعوض ، وثبت انها كانت معيبة قبل القبض ، سواء أكانت مهراً في عقد الزواج ، او عوضاً في عقد الصلح ، او عقد الاجارة ؟

وليس من شك ان الاصل يقتضي عـــدم جواز المطالبة بالارش ، وعدم الزام المملك به في جميع العقود من غير استثناء ، ولو خرجنا عن هذا الاصل وقلنا بالارش في عقد البيع لمكان الدليل ، فينبغي عـــدم التعدي عنه اقتصاراً على موضع اليقين ، اجل ، ان جواز الرد مع ظهور العيب ينبغي ثبوته في كل عقد دون استثناء ، لقاعدة لا ضرر ، وتخلف الشرط الضمني الذي هو بمثابة الشرط الصريح .. هذا ما تستدعيه الاصول والقواعد ، ولكن صاحب الجواهر قال : « ان المؤجر لو وجد عيباً في الاجرة فهو مخير بين الرد ، والامساك بالارش بلا خلاف » . وقال

ايضاً : « ان المرأة لو وجدت عيباً سابقاً في المهر كان لها الرد بالعيب ، والرجوع الى القيمة ، ولها ايضاً الامساك بالارش بلا خلاف » . وعلى هذا يكون الارش ثابتاً في غير البيع.

مضيق او موسع ؟

نقل صاحب المسالك ، وصاحب الحدائق ، وصاحب مفتاح الكرامة اجماع الفقهاء على ان خيار العيب يثبت للمتملك على سبيل التراخي ، لا على الفور ، فمن علم بالعيب ، وعلم ايضاً ان له الحق في الخيار ، ومع ذلك لم يبادر الى الفسخ ، او الامساك بالارش فوراً فلا يسقط خياره ، بل يبقى مهما طال الامد .

وتسأل : لماذا قال الفقهاء : خيار الغبن والتأخير والرؤية على الفور : لا على التراخي ، وخيار العيب على التراخي ، لا على الفور ، مع العلم بأن المناط واحد في الجميع ، وهو الذي بيناه هناك من ان ادلة لزوم العقد تستدعي الاقتصار على اقل ما برتفع به الضرر ، ويرتفع الضرر بالفور ، فيجب الاقتصار عليه .

والجواب : لست ارى وجهاً للفرق الا النص الخاص بخيار العيب ، وهو ما روي عن النبي (ص) ان رجلاً اشترى عبداً ، وبقي عنده ما شاء الله ، ثم رده من عيب وجده فيه .

وقول الامام الصادق (ع) المتقدم في فقرة « الدليل » من هذا الفصل : « ان كان الثوب قائماً بعينه رده على صاحبه » حيث دل على ثبوت الخيار ما دامت العين قائمة ، سواء أطال زمن قيامها ، او قصر ، وسواء أعلم بالعيب ، وحقه بالخيار ، او لم يعلم .

ومن لا يرى العمل بهذا الحديث ، وهذه الرواية يلزمه القول بالفور في خيار العيب ، تماماً كخيار الغبن والرؤية والتأخير ، والغريب ان

الشيخ الانصاري قال في المكاسب : « ان القول بالفور لا يخلو من قوة » ، ومع ذلك لم يشر من قريب او بعيد الى الحديث والرواية .

ومهما يكن ، فنحن مع القائلين بالتراخي في هذا الخيار ، على شريطة ان لا يمتد التراخي الى امد يتضرر المملك من التأخير اذا اختار المتملك رد العين ، اما اذا اختار امساكها مع الارش فله ان يتأخر ما شاء ، حيث لا ضرر على المملك في ذلك .. ودليلنا على التراخي هو عمل الفقهاء بالحديث والرواية ، وقد ذكرنا في مقدمة الجزء الاول من هذا الكتاب أننا نقيس ثبوت النص باعتماد الفقهاء عليه ، وعملهم به ، لا بصدق الرواة ، والرجال الثقات .

التنازع في وجود العيب :

اذا تم البيع ، واستلم المشتري العين ، وتصرف بها تصرفاً مغيراً ، او تلفت في يده ، بحيث يتعذر ملاحظتها ، والتعرف على انها صحيحة او معيبة ، ثم اختلف البائع والمشتري في وجود العيب في المبيع ، فقال المشتري : كان فيه عيب قديم ، وعليك الارش والتعويض . وقال البائع : كلا ، لقد كان سليماً من كل عيب ، فمن هو المدعي ؟ ومن هو المنكر ؟

ولا بد من النظر والتفصيل : فان علمنا بالبينة او بالاقرار او بالعيان ان المبيع كان معيباً عند البائع ، وادعى زواله قبل القبض فنستصحب بقاء العيب ، ويكون المدعي هو البائع ، يكلف بالبينة على ذهاب العيب قبل القبض ؛ ويكون المنكر هو المشتري تلزمه اليمين .

وان علمنا ان المبيع كان سليماً من العيوب ، فنستصحب بقاء السلامة ، وعلى المشتري البينة على حدوث العيب قبل القبض ، فان عجز عنها حلف البائع ، وردت دعوى المشتري .

وكذا يكون البائع منكراً ، والمشتري مدعياً ان كانت الحال السابقة مجهولة ، لان الاصل سلامة المبيع ، حتى يثبت العكس ، وهذا الاصل يثبت الموضوع في الخارج من حيث ترتبت الآثار الشرعية ، تماماً كما يثبت بالاقرار والبينة والعيان ، ولو صرفنا النظر عن هذا الاصل الموضوعي لكان الاصل الحكمي كافياً وافياً لاعتبار المشتري مدعياً ، واعني بالاصل الحكمي – هنا – هو الذي ينفي الخيار ، ويثبت براءة ذمة البائع من الارش ، إذ الاصل عدم الخيار ، وبراءة الذمة .

التنازع في تقدم العيب :

اذا كان العيب موجوداً بالفعل ، وظاهراً للعيان ، وقال المشتري : حدث هذا العيب عند البائع . وقال البائع : بل حدث عند المشتري ، فمن المدعي ؟ ومن المنكر ؟

ولا بد ان ينظر : فان شهدت الحال شهادة تفيد القطع والجزم بان العيب قديم ، ولا يمكن ان يحدث عند المشتري ، كمن اشترى داراً ، ثم تبين انها قائمة على غير اساسها المعتاد ، ان كان كذلك ترد دعوى البائع ، ويحكم للمشتري بحق الخيار من غير يمين .

وان شهدت الحال شهادة قطعية بأن العيب حادث وابن يومه ، ولا يمكن بحال ان يكون حادثاً قبل القبض ، كالجرح في الدابة الذي لا يزال طرياً ، ان كان كذلك يرد قول المشتري من غير ان يحلف البائع ، لان اليمين انما نحتاج اليها مع عدم العلم بالواقع ، والواقع هنا معلوم فلا داعي لليمين .

وان كان من العيوب التي يمكن حدوثها عند البائع ، وعند المشتري ، اي قبل القبض ، وبعده فالقول قول البائع مع يمينه اذا لم يكن للمشتري بينة ، لان الاصل سلامة العين من العيوب ، حتى يثبت العكس ، ولم

يثبت العيب قبل القبض ، فيكون الاصل مع البائع ، وضد المشتري .
وبالايجاز ان كل من قبض عيناً فعليه ضمانها ، وضمان عيوبها الا ان يثبت بالاقرار ، او بالبينة ، او بالعيان ان العيب حدث قبل القبض .

التنازع في البراءة من العيب :

اذا اتفقـا على ان العيب كان موجوداً قبل القبض ، ولكن ادعى البائع البراءة من العيب ، وانكر المشتري ذلك فالقول قول المشتري بيمينه اذا لم يكن للبائع بينة ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف يعرف » .
وتقول : لماذا لا تجري هنا اصل عدم الخيار ، وبراءة ذمة البائع ، كما اجريته في حال الجهل والشك بوجود العيب ، ونتيجة العمل بهذا الاصل واجرائه يكون القول قول البائع ، لا قول المشتري .

والجواب : المفروض أنّا نعلم بأن العيب كان قبل القبض ، ويقتضي هذا العلم ان يكون الخيار للمشتري ، حتى يثبت العكس ، اي حتى يقيم البائع البينة على ثبوت دعواه ، وبديهة ان العلم بوجود العيب قبل القبض ينفي موضوع اصل براءة الذمة ، واصل عدم الخيار ، لان الاصول ، كل الاصول ، انما تجري في المجهول ، لا في المعلوم .

موجبات السقوط :

يسقط هذا الخيار بامور :

١ ــ لا خيـار اطلاقاً لمن علم بالعيب قبل التعاقد ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف ، لانه اقدام معه رضا » .

٢ ــ ايضاً لا خيار في الرد ، ولا في الارش اذا حدث العيب بعد العقد ، ثم زال كلية قبل القبض ، او حدث بعد القبض ، لانه حدث

في ملك المتملك الا اذا كان المبيع حيواناً ، وحدث العيب في الايام الثلاثة .

واذا حدث عيب بعد القبض ، ثم تبين ان في العين عيباً سابقاً على القبض ثبت الارش دون الرد ، لان العيب الحادث عند المتملك يمنع من رد العين الى المملك ، فينحصر تلافي الضرر بالارش .

٣ – يسقط خيار العيب بكلا شقيه الرد والارش باسقاطه بعد العقد ، وباشتراط سقوطه في متن العقد ، ومنه البراءة من جميع العيوب ، ويجوز ان يشترط سقوط الرد فقط ، دون الارش .

٤ – اذا تصرف تصرفاً دالاً على الرضا ، والالتزام بالعقد يسقط الرد فقط ، دون الارش ، سواء أكان التصرف قبل العلم بالعيب ، او بعده ، وتدل عليه الرواية المتقدمة في فقرة « الدليل » حيث جاء فيها : « ان كان الثوب قائماً بعينه رده على صاحبه ، واخذ الثمن ، وان كان الثوب قد قطع او خيط او صبغ رجع بنقصان العيب » . فان الامام قد ترك التفصيل بين حال العلم بالعيب ، وبين حال الجهل ، وما من شك ان ترك التفصيل دليل على العموم والشمول .

وقال الامام ابو جعفر الصادق (ع) : « ايما رجل اشترى شيئاً ، وبه عيب وعوار ، ولم يتبرأ اليه ، ولم ينبه ، واحدث فيه حدثاً بعد ما قبضه ، وعلم بذلك العوار ، وبذلك العيب فانه يمضي عليه "عيب ، ويرد عليه بقدر ما ينقص » . اي يأخذ الارش ، ولا يرد المبيع . وقول الامام « احدث حدثاً ، وعلم بالعوار والعيب » ظاهر في ان التصرف كان قبل العلم بالعيب ، ومع ذلك سقط خيار الرد ، وبالاولى ان يسقط الرد اذا كان التصرف بعد العلم بالعيب .

ومن التصرفات المانعة من الرد ، دون الارش وقف العين ، وتأجيرها ، وهبتها ، وبيعها ، حتى ولو كان مع الخيار ، لان ذلك كله من التصرفات الدالة على الرضا بالبيع ، ولكن الرضا به لا يدل على اسقاط الارش ،

لان الرضا بالبيع اعم من الرضا به مع الارش ، والرضا به من غير ارش ، وبديهة ان العام لا يثبت به الخاص .

ولو رجعت العين الى من كان قد تملكها ، ثم اخرجها عن ملكه لا يجوز له ان يردها بالعيب استصحاباً للحال السابقة ، قال الشيخ الانصاري : « لو عاد الملك الى المشتري لم يجز رده للاصل » يريد بالاصل الاستصحاب ، وتقريره ان المشتري سقط خياره بالرد قطعاً بعد ان خرجت العين عن ملكه ، ولما عادت اليه نشك : هل له خيار الرد او لا ؟ فنبقي ما كان على ما كان .

٥ – التلف ، ولو بآفة سماوية يمنع من الرد ، لفوات موضوعه ، ولكن حق المطالبة بالارش باقٍ كما كان ، لعدم المانع منه .

تنبيه :

ذكر محمد بن مكي المعروف بالشهيد الاول في كتاب اللمعة الدمشقية ، اربعة عشر قسماً للخيار ، وهي خيار المجلس ، والحيوان ، والشرط ، والتأخير ، وما يفسد ليومه ، والرؤية ، والغبن ، والعيب ، والتدليس ، والاشتراط ، والشركة ، وتعذر التسليم ، وتبعيض الصفقة ، والتفليس .

ومن هذه الخيارات ما يتداخل بعضها في بعض ، ومنها ما يدخل في باب آخر من ابواب الفقه ، فما يفسد ليومه ذكرناه في خيار التأخير ، لانه قسم منه ، وخيار الاشتراط ، ان تخلف الشرط ذكرناه في فصل الشروط ، اما خيار التدليس فيدخل في خيار العيب ، وخيار تبعيض الصفقة خصصنا له فقرة في خيار العيب ، ومنه خيار الشركة ، وهو اذا اشترى شيئاً ، وظهر بعضه مستحقاً للغير ، اما التسليم فان استحال كما لو هلك المبيع قبل قبضه بطل البيع من رأس ، ويأتي البيان عنه في

فصل القبض ، وان لم يهلك المبيع قبل القبض ، ولكن تعذر التسليم كالجمل الشارد الذي يظن عودته ، وامكان قبضه في المستقبل يدخل في خيار تخلف الشرط الضمني ، لان اطلاق العقد يقتضي تسليم كل من المثمن والثمن ، او يدخل في خيار العيب ، واما خيار التفليس ، وهو اذا وجد غريم المفلس متاعه قائماً بعينه عند التحجير يتخير صاحبه بين اخذه ، مقدماً على الغرماء ، وبين الضرب معهم بثمنه ، اما هذا فيأتي الكلام عنه في باب التحجير على المفلس .

احكام الخيار

لا يسقط الخيار بالموت :

أجمع الفقهاء بشهادة صاحب الجواهر ، وصاحب المكاسب على ان الخيار بشتى اقسامه وانواعه ينتقل بعد موت صاحبه الى ورثته ، لأنه حق ، والحق يقبل النقل من ملك الى ملك .

وخيار الشرط ينتهي بانتهاء امده ، سواء أعلم به الوارث ، او لم يعلم ، اما الجهل بالغبن ، او بأنه موجب للخيار فلا يسقط حق الوارث بالفسخ ، اجل ، يثبت له على الفور ، فاذا علم ، ومضى أمد يتمكن فيه من الفسخ ، ولم يبادر سقط الخيار ، تماماً كما هي الحال بالقياس الى المورث نفسه ، اما اذا مات احد المتعاقدين في المجلس بعد انعقاد العقد ، وكان لم يُسقط خياره عند التعاقد ، اما هذا الخيار فمن قائل بأنه يبقى الى ان ينقل الجثمان ، او ينتقل الطرف الثاني من المجلس ، ومن قائل بأنه يستمر الى وصول الخبر الى الوارث ، وقال ثالث : بل يبقى الى الابد ، وهذا القائل هو صاحب الجواهر ، وهذه عبارته بالحرف : « الأقرب ثبوته للوارث مطلقاً » .. اما نحن فلا نعقل توريث هذا الخيار بحال .

ثم اذا كان للوارث الخيار ، أي خيار ، اكثر من واحد ، واختار احدهما الفسخ ، والآخر الامساك قدم الفاسخ ، لأن من اختار الامساك قد أسقط حقه في الخيار في حقيقة الامر والواقع ، فينحصر الحق في الآخر ، هذا ، الى ان رد بعض المبيع دون بعضه ضرر على البائع .

واذا جعل احد المتعاقدين الخيار لأجنبي ، ومات هذا الأجنبي فلا ينتقل الخيار الى ورثته ، ولا يعود الى من اختاره لذلك ، لأن الخيار منذ البداية تعلق بالأجنبي خاصة ، فلا يتعداه الى غيره .

اما من فصّل بين ان يكون الاجنبي محلاً للخيار على سبيل الظرفية ، فينتقل الخيار الى الورثة ، وبين ان يكون الخيار وصفاً له على سبيل القيد ، فلا ينتقل الى الورثة ، اما هذا التفصيل فهو بعيد عن افهام العرف التي يناط بها معرفة موضوعات الاحكام وتشخيصها .

ثم ان ارث الخيار لا يرتبط بإرث المال الذي تعلق به الخيار ، بل قد يكون الخيار للوارث ، والمال لغيره ، ومثال ذلك ان يكون على زيد ديون تستغرق جميع ما يملك ، بحيث اذا توفي تسلط الدائنون على تركته بكاملها ، ولا يبقى منها للورثة شيء ، وكان قد اشترى قبل وفاته عقاراً ، وجعل الخيار لنفسه امداً معيناً ، وصادف موته في زمن الخيار ، فينتقل حق الخيار الى ورثته ، مع العلم بأنهم اذا امضوا البيع تسلط الدائنون على العين ، ومنعوا الورثة من التصرف بها.

المبيع يملك بالعقد :

ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر ، والشيخ الانصاري الى ان المبيع يملكه المشتري في زمن الخيار بمجرد انعقاد العقد ، وان وجود الخيار ، اي خيار ، لا يمنع من التملك وانتقال المعقود عليه الى المشتري، لأن العقد متى تم بالايجاب والقبول أثر أثره ، وترتبت عليه جميع

احكامه ، ومنها انتقال المثمن الى المشتّري ، والثمن الى البائع ، والا كان وجوده كعدمه ، قال صاحب الجواهر : « المقتضي للملك موجود، والمانع مفقود » يريد بالمقتضي ان اسم البيع ينطبق على العقد بالخيار ، ويريد بعدم المانع ان الخيار لا يمنع من تأثير العقد ، وترتب احكامه عليه . وقال الشيخ الانصاري : « الأقوى ما هو المشهور ، لعموم احل الله البيع ، وتجارة عن تراض » . وما من شك ان المعاملة مع الخيار هي بيع وتجارة عن تراض ، وعليه ينتقل المبيع الى من اشترى بالخيار ، ويتصرف فيه تصرف المالك في املاكه .

وايضاً يدل على ذلك ما نقلناه عن الامام (ع) في فصل خيار الشرط فقرة « الدليل » من ان من باع واشترط لنفسه إن رد الثمن فنماء المبيع للمشتّري ، وضمانه عليه .. ويثبت النماء للمشتري ، حتى ولو كان الخيار له ، لا للبائع ، فاذا فسخ رد العين ، واسترد الثمن ، ولا يرجع البائع عليه بالنماء .

وتسأل : لقد ثبت عن الامام الصادق (ع) ان المبيع اذا تلف في الزمن الذي يكون فيه الخيار للمشتري فهو من مال البائع ، قال عبد الرحمن ابن عبد الله سألت الامام الصادق (ع) عن رجل اشترى امة بشرط يوم او يومين ، فماتت عنده على من يكون الضمان ؟ . فقال : ليس على الذي اشترى ضمان ، حتى يمضي شرطه .. وايضاً قال الامام : ان حدث في الحيوان حدث قبل ثلاثة ايام فهو من مال البائع ، وما الى ذلك مما يتفق والقاعدة المعروفة ، وهي : « التلف بعد القبض في زمن الخيار ممن لا خيار له » . واذا كان التلف من مال البائع ، فيجب ان تكون المنفعة له ، لا للمشتّري ، لأن الخراج بالضمان ، اجل ، اذا كان الخيار للبائع تكون المنفعة للمشتري على وفق القاعدة .

ونجيب بأنه لا منافاة ، من حيث المبدأ ، بين ان تكون المنفعة تابعة لملك العين ، وبين ان يكون ضمان تلفها على غير مالكها ، فان

المغصوب نماؤه لمالكه ، وضمانه على غاصبه .. ومن اشترى عيناً، واشترط الخيار لنفسه يملكها بانعقاد العقد ، ويملك منفعتها تبعاً لملكه لها ، ومع ذلك يكون ضمان تلفها على بائعها لوجود الدليل الذي سنعرضه في الفقرة التالية ، اما حديث « الخراج بالضمان » فلا يطرد في كل مورد ، بل يختص العمل به فيما اذا كان التلف بعد القبض مع عدم الخيار للمشتري ، اما اذا اشترى وقبض والخيار له لا للبائع فان الخراج يكون له ، والضمان على البائع للدليل الآتي .. وبكلمة ان فقهاء الأمامية لا يعملون بحديث الخراج بالضمان الا في موارد خاصة .

المنع من التصرف :

اذا كان الخيار لأحد المتعاقدين دون الآخر ، فهل يجوز لمن ليس له الخيار ان يتصرف في العين تصرفاً يمنع من ردها على صاحب الخيار — مثلاً — اشترى زيد كتاباً من عمرو ، واشترط صاحب الكتاب ان يسترجعه اذا أرجع الثمن في ثلاثة ايام ، فهل لزيد الذي اشترى الكتاب ان يتلفه ، او ينقله الى من يشاء قبل مضي الأيام الثلاثة .

وللفقهاء في ذلك اقوال ، اصحها ما نعته الشيخ الانصاري بقوله : « لا يخلو من قوة » وهو ان الخيار اذا ثبت بالشرط الصريح المتفق عليه بين المتعاقدين كالمثال المذكور فلا يجوز لمن لا خيار له ان يتصرف تصرفاً يمنع من استرداد العين ، لان الغاية من هذا الشرط في نظر العرف هي سلامة العين ، وبقاؤها على ما هي ، ليتمكن صاحب الخيار من استرجاعها .

واذا لم يثبت الخيار بشرط صريح من المتعاقدين ، كخيار المجلس والحيوان ، والغبن والرؤية ، وما الى ذلك مما ثبت بجعل من الشارع فيجوز لغير ذي الخيار ان يتصرف ما شاء ، حتى ولو كان التصرف

مانعاً من رد العين ، فان فسخ صاحب الخيار الذي له الحق في استرجاع العين ، ووجدها هالكة ، او منتقلة عن ملك الطرف الآخر طالبه بالبدل من المثل او القيمة .

والدليل على جواز هذا التصرف ما اشرنا اليه من ان التمليك والتملك يتحقق بانعقاد العقد ، فيشمله حديث : «الناس مسلطون على اموالهم» .

ضمان البيع :

يرتكز في كل فهم ان المال اذا كان في يد صاحبه ، يتصرف فيه دون مانع ، ثم هلك يكون هلاكه وخسارته عليه وحده ، سواء تملكه بالشراء ، او بغيره ، وسواء اشتراه بالخيار ، او من غير خيار ، واذا غصب المال ظالم واستولى عليه كانت الخسارة على الظالم جزاء وفاقاً لظلمه وتعديه ، اما المالك فلا خسارة عليه بعد ان حال الغاصب بينه وبين ما يملك ، وكذا الامين ، فانه يضمن ما في يده من مال الغير اذا قصر وفرط جزاء لتقصيره .. فهلاك المال – اذن – لا يكون على صاحبه الا اذا كان في يده ، لا في يدٍ غاصبة ولا مفرطة .

وقد استثنى الفقهاء من ذلك موردين : الاول فيما اذا هلك المبيع بآفة سماوية قبل ان يقبضه المشتري ويتسلمه ، المورد الثاني فيما اذا هلك المبيع في يد المشتري في زمن خياره لا خيار البائع ، هذا ، مع العلم بأن المشتري هو المالك في الحالين ، اما السبب الموجب لاستثناء المورد الاول فحديث : «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» ويأتي الكلام عنه في الفصل التالي ، واما السبب لاستثناء المورد الثاني فهو قول الامام الصادق (ع) : ان حدث في الحيوان حدث قبل ثلاثة ايام فهو من مال البائع ، وقوله : ان كان بين المتبايعين شرط اياماً معدودة

فهلك المبيع في يد المشتّري فهو من مال البائع ، الى غير ذلك مما ثبت عن الامام ، ودل بصراحة على ان هلاك المبيع في يد المشتّري اثناء خياره يكون من مال البائع ، على شريطة ان يكون المبيع حيواناً ، او غيره بشرط الخيار للمشتّري .

وعلى الرغم من ان مورد هذه الروايات لا يتعدى خيار الحيوان والشرط فقد استخرج منها كثير من الفقهاء قاعده أجروها في جميع الخيارات ، وهذه القاعدة هي : « ان التلف بعد القبض في زمن الخيار يكون من مال من لا خيار له » .[1] فان كان الخيار للبائع فالتلف من المشتّري ، وان كان للمشتّري فالتلف من البائع ، وبديهة ان المشتري هو المالك في الحالين ، لأنه يملك المبيع بمجرد انعقاد العقد ، كما تقدم ، وعلى هذا يكون الحكم على وفق الاصل ان كان الخيار للبائع ، وعلى خلاف الأصل ان كان للمشتّري .

ومن اجل هذا قال صاحب الجواهر : ان هذا الحكم ، وهو التلف في زمن الخيار من مال من لا خيار له ، مختص بخيار الحيوان والشرط فقط ، دون غيرهما اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع اليقين الذي دل عليه النص ، اما الشيخ الانصاري فقد عطف على هذين الخيارين خيار المجلس ، على شريطة ان يسقط البائع خياره ، ويبقى خيار المشتّري ، لأن هذا الحكم لا يثبت فيما اذا كان الخيار لكل من المتبايعين بالاجماع ، مضافاً الى ان لفظ « من مال من لا خيار له » لا ينطبق على التعاقد الذي يكون الخيار فيه للمتعاقدين ، ولا على ما لا خيار فيه لأحدهما ، ويختص بالتعاقد الذي يكون فيه الخيار لأحدهما دون الآخر .

---

١ – قال السيد اليزدي : « قد اشتهرت هذه القاعدة في ألسنة متأخري المتأخرين » يريد الفقهاء الذين لا يبعد زمانهم كثيراً عن زمانه : وتوفي هذا السيد سنة ١٣٣٧ هـ . وقال صاحب الجواهر : « لم اجدها في كتب المتقدمين ، ولا في كلام الاساطين من المتأخرين » .

هل يسقط الخيار بهلاك العين ؟

اتفقوا على ان صاحب الخيار يسقط خياره ، ويصير العقد لازماً اذا أتلف العين بنفسه في مدة خياره ، وان اتلفها المتعاقد الثاني الذي لا خيار له ، وأمضى صاحب الخيار البيع رجع على من اتلف بالمثل او القيمة ، وكذلك اذا اتلفها اجنبي . وسبقت الاشارة الى ذلك في الكلام على الخيارات . وايضاً اتفقوا على ان من باع او اشترى بالخيار ، أي خيار ، ثم تلفت العين بآفة سماوية قبل قبضها يسقط الخيار ، ويعود كل من الثمن والمثمن الى مالكه الاول ، كأن لم يكن شيء ، وقال جماعة من كبار الفقهاء ، منهم العلامة الحلي ، وصاحب الجواهر ، وصاحب المكاسب ، قالوا في توجيه ذلك : ان العقد ينفسخ تلقائياً قبل تلف المعقود عليه آناماً ، ويكون التلف كاشفاً عن هذا الانفساخ .. ولا مصدر لهذا التوجيه والتعليل الا الاستحسان .. ونحن ، وان كنا نقول : لا تعبد في المعاملات غير انّا نتخذ من المصلحة معياراً لآراء الفقهاء في كل معاملة وتعاقد ، ونرفض الفروض والاحتمالات ، وان انسجمت بظاهرها مع المنطق ما دامت لا تمت الى المصلحة والعمل الملموس بسبب [1] .

وعلى أية حال ، فان الغرض ان نعرف : هل تلف العين بآفة سماوية بعد قبضها ، وفي زمن الخيار يسقط معه الخيار ، ويعود كل من العوضين الى مالكه ، تماماً كما هي حال التلف قبل القبض ، او ان التلف بالآفة لا يسقط الخيار ، ويحق لصاحبه بعد هلاك العين ان يطالب بمثلها ان كانت مثلية ؛ وبقيمتها ان كانت قيمية ؟.

---

١ – وان كان لا بد من التوجيه فالأولى ان يقال : ان البائع حين اجرى عقد البيع فقد التزم بتسليم المبيع بجميع مقوماته وصفاته للمشتري ، اذ لا تخلص الملكية له الا بذلك ، ويؤيد هذا التوجيه قول الفقهاء : ان اطلاق العقد يقتضي تسليم المثمن والثمن ، فلا بد – اذن – ان يكون تلف المبيع قبل القبض على البائع . وقد نتعرض لذلك في الفصل الآتي .

وليس من شك ان بقاء الخيار لا يرتبط ببقـاء العين ، لأن معنى الخيار هو الحق في فسخ العقد ، او امضائه ، ولا يسقط هذا الحـق بهلاك العين المالية ، ما دام لها بدل من المثل او القيمة .. فان اشترى زيد من عمرو متاعاً - مثلاً - واشترط الخيار لنفسه ، وقبض المتاع، ثم هلك في زمن الخيار ، فان فسخ زيد رجـع على عمرو بالثمن ، وانتهى كل شيء ، وان امضى البيع رجع عليه ببدل المتاع التالف من المثل او القيمة ، وان كان الخيار لعمرو ، اي للبائع ، فان أمضى البيع فلا شيء له ، وان فسخ رد الثمن ، وطالب بمثل المتاع او قيمته ، تماماً كما لو امضى المشتري .

ولكن بعض الخيارات لا يعقل فيها الفسخ مع هلاك العين ، كخيار العيب ، فان الغرض من تشريعه هو رد العين المعيبة الى صاحبها ، كما هي ، حتى لا يتضرر الذي انتقلت اليه بامساكها وبقائها عنده ، وبديهة انه مع التلف لا يمكن الرد والامساك ، فلا يبقى - اذن - موضوع للخيار بين الرد او الامساك ، قال الشيخ النائيني في تقريرات الخونساري: « النزاع في سقوط خيار العيب ، او بقائه لغو ، لأن إعمال الخيـار يتوقف على بقاء العين بحالها ، فلو تغيرت عما وقع عليه العقد، ولم تكن العين قائمة بعينها سقط الخيار فضلاً عما لو تلفت » . واذا سقط خيار العيب لعدم تعقله وامكانه تعين الرجوع على صاحب العين المعيبة بالارش، واخذ العوض منه عما فات من صحة الصفات .

وألحق الشيخ الانصاري خيار الشرط بخيار العيب ، وقـال بسقوط الخيار فيه مع التلف ، لان الغاية منه استرجاع المعقود عليه بعينه وشخصه، والمفروض هلاكه ، قال هذا الشيخ الجليل : « يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط برد الثمن في البيع الخياري اذا تلف المبيع عند المشتري، لأن الثابت من اشتراط المتعاقدين هو التمكن من استرداد المبيع بالفسخ عند رد الثمن » . وليس من شك ان استرداد المبيع بالذات متعذر ،

فينتفي موضوع الخيار ، ثم اعترف الشيخ الانصاري بأن إلحاق خيار الشرط بخيار العيب مخالف للمشهور ، وانه لم يجد احداً التزم بذلك ، او تعرض له .

اما بقية الخيارات ، كخيار المجلس والحيوان والرؤية والغبن فليس الغرض منها رد المعقود عليه بالذات ، وانما الغرض الاول هو ماليته ، وكفى ، ومعلوم ان للمالية فردين : احدهما شخصية العين ، والآخر بدلها من المثل او القيمة ، فاذا انتفى الفرد الاول بقي الثاني ، وعلى هذا يكون الخيار بعد التلف باقياً كما كان قبله في غير خيار العيب عند المشهور ، وغير خيار الشرط ايضاً عند الشيخ الانصاري .. فان فسخ المشتري الذي له الخيار رجع بالثمن وكفى ، وان أمضى رجع ببدل المبيع من المثل او القيمة ، وان كان الخيار للبائع وامضى اكتفى بأخذ الثمن ، وان فسخ ارجع الثمن ، وطالب ببدل التالف .

النقد والنسيئة

النسيئة :

من معاني النسيئة التأخير ، ومنه انسأ الله اجلك ، اي أخره ، ومنه قوله تعالى : « انما النسيء زيادة في الكفر » فانه اشارة الى ما كان يفعله العرب من تأخير بعض الأشهر الحرم الى غيرهـا من الشهور ، والاشهر الحرم اربعة : ذو القعدة ، وذو الحجة ، والمحرم ، ورجب .. ومعنى انسأ البيع أخر ثمنه .

وسبق في فصل شرط العوضين ان الثمن والمثمن ركنان لعقد البيع ، وان احدهما اذا كان مجهولاً بطل العقد ، ونتكلم في هذا الفصل عن الثمن باعتبار التعجيل والتأجيل ، وان التأجيل مع عدم ضبطه يستدعي الجهل والغرر .

الاقسام :

قسم كثير من الفقهاء البيع باعتبار تأجيل كـل من المثمن والثمن

وتعجيله الى اربعة اقسام :

الاول : ان يكون كل منهما معجلاً . ويصح بالاتفاق .

الثاني : ان يكون كل منهما مؤجلاً ، كبيع الدين بالدين ، ويسمى ايضاً بيع الكالي بالكالي ، ومعناه لغة المراقبة ، والمناسبة هنا ان كلا من الغريمين يرتقب صاحبه من اجل دينه ، وهذا القسم باطل اجماعاً ونصاً ، ومنه قول الامام (ع) : لا يبيع الدين نسيئاً ، واما نقداً فليبعه بما شاء .

الثالث : ان يكون المثمن حالاً ، والثمن مؤجلاً ، وهو بيع النسيئة الذي نحن بصدده ، ولا ريب في صحته .

الرابع : ان يكون المثمن مؤجلاً والثمن حالاً ، وهو بيع السلف ، وهو جائز بالاتفاق ، ويأتي الكلام عنه .

اطلاق العقد :

سئل الامام الصادق (ع) عن رجل اشترى جارية بثمن مسمى ، ثم افترقا ؟ . قال : وجب البيع ، والثمن اذا لم يكونا شرطا فهو نقد .

وقد جاء هذا على وفق العرف ، وعليه يكون قول الامام ارشاداً لما عليه الناس ، لا تأسيساً لشيء جديد ، ولم يختلف اثنان من الفقهاء في ان العقد اذا تجرد من قيد التأجيل جاز للبائع ان يطالب المشتري بالثمن اذا بذل له المثمن ، وللمشتري ان يطالب بالمثمن اذا بذل له الثمن .

واذا قال : بعتك بشرط ان تعجل الثمن ، ولم يعين امداً خاصاً كان قيد التعجيل تأكيداً وتوضيحاً لاطلاق العقد عند المشهور ، فاذا عجل المشتري الثمن فذاك ، والا انتظر البائع ثلاثة ايام فيما لا يسرع

اليه الفساد ، وبعدها يتخير بين الفسخ ، والامضـاء ، كما سبق في خيار التأخير .

التأجيل :

قال صاحب مفتاح الكرامة ص ٤٢٧ من مجلد المتاجر : « قد تدعو الحاجة الى الانتفاع بالمبيع معجلاً ، واستغناء مالكه عنه ، وحاجته الى الثمن مؤجلاً ، فوجب ان يكون — الثمن مؤجلاً — مشروعاً تحصيلاً لهذه المصلحة الخالية من المبطلات ، ولا نعلم فيه خلافاً ، وعليه دلت الروايات » .

ويشترط في الأجل :

١ — ان ينص عليه صراحة ، لأنه على خلاف ما يقتضيه اطلاق العقـد .

٢ — ان يذكر التأجيل في متن العقد ، او قبله ، على شريطة ان يتفق عليه المتعاقدان ، ثم ينشئا العقد على اساسه ، ولا اثر لذكر الاجل بعد انعقاد العقد وتمامه ، لأن وقوع العقد مجرداً عن قيد التأجيل يستدعي تعجيل الثمن ، فذكر الاجل بعده يكون وعداً بتأجيل المعجل ، ولا يجب الوفاء بالوعد عند الفقهاء ، قال صاحب الجواهر في آخر باب البيع ، وهو يتكلم عن الدين ، قال : « لو اجل الحال بعد العقد لم يتأجل .. ولكن يستحب الوفاء به ، لأنه وعد .. ولا فـرق عندنا — اي عند فقهاء الامامية — في عدم لزوم تأجيل الحال بين ان يكون مهراً او ثمن مبيع او غيره » . ونقلنا عنه مثل ذلك في فصل الشروط ، فقرة «تقدم الشرط » .

٣ — ان يضبط الأجل بما لا يقبل الزيادة والنقصان ، كاسبوع او

شهر ، او سنة ، واذا كان مجهولاً كأيام ، او حتى ينزل المطر بطل الشرط والعقد ، لأن للأجل قسطاً من الثمن في نظر العرف ، فالجهل به جهل بالثمن يستدعي الغرر في البيع .

ويجوز التنجيم ، وهو ان يقسط الثمن اجزاء معلومة على اوقات معينة ، فيبيع بعشرة – مثلاً – على ان يدفع ٥ اول تموز من هذه السنة ، و ١٣ اول آب ، والباقي اول أيار ، واذا تأخر المشتري عن دفع قسط في وقته فلا تحل بقية الاقساط [١] واذا اشترط البائع ذلك على المشتري ، كما هو المعروف اليوم ، بطل البيع من رأس ، لأن الثمن، والحال هذه ، يصير مجهولاً ، ولا يعلم : هل هو قسط واحد ، او اقساط ، والجهل والترديد يستدعي الغرر المبطل للبيع ، تماماً كالثمن المردد بين المؤجل بكذا او المعجل بكذا ، ويأتي البيان عنه في الفقرة التاليــة .

ولا تحديد لطول الأجل وقصره ، فيجوز الى ساعة ، والى عشرين سنة ، ولا يجوز الى دقيقة ، او الف سنة ، لأنه أشبه بالسفه واللغو في نظر العرف ، ولأن الدين يصير حالاً بموت المدين .

وتسأل : لقد روي عن الامام (ع) ان رجلاً قال له : اني ابيع أهل الجبل بتأخير سنة ؟ . قال : بعهم . قال الرجل : الى سنتين ؟ . قال : بعهم . قال : ثلاث سنين ؟ قال الامام : لا يكون لك شيء اكثر من ثلاث سنين .. وهذا صريح بأن الأجل في الثمن لا يمتد اكثر من سنين ثلاث .

---

١ – ذهب المشهور الى ان شرط التأجيل في الدين لا يجب الوفاء به ، وعليه فلا موضوع للتنجيم من الاساس ، وتكلمنا عن ذلك مفصلا في الجزء الرابع فصل الدين ، فقرة « العقد » واخترنا وجوب الوفاء بشرط التأجيل .

واجاب الفقهاء عن هذه الرواية ، ونظائرها بأن الغرض منها الارشاد والنصيحة خشية ان يضيع المال بطول الامد ، وليس المراد بها التحريم وفساد المعاملة .

وهذا الحمل غير بعيد ، لأن الظاهر من قوله (ع) : « لا يكون لك » ان المال يذهب ويضيع بالتأجيل الطويل .

وقال الشيخ الانصاري وغيره من الفقهاء : اذا كان الوقت معيناً في الواقع ، ومجهولا لدى المتعاقدين يبطل العقد ، ومثال ذلك ان يؤجله الى عيد المولد النبوي الشريف من هذه السنة ، مع جهل الاثنين بضبطه ومعرفته على التعيين .

والحق انه يصح ما دام ذلك معلوماً لدى الناس ، ويمكن معرفته بسهولة ، فهو اشبه بمن يشتري على عيار البلد ، ونقده ، او على ما اشترى فلان ، لأن المعيار للبطلان ، وعدم الجواز هو وجود الغرر ، ولا غرر في شيء من ذلك في نظر العرف .

ثمنان لمبيع واحد :

ذهب المشهور بشهادة صاحب الحدائق الى ان من باع بثمن حالا ، وبأكثر مؤجلا بطل البيع ، ومثاله ان يقول : بعتك هذا بعشرة نقداً ، و بعشرين الى أجل معين ، وكذا لو فاوت بين أجلين ، فقال : بعتك بعشرة الى شهر ، وبعشرين الى شهرين ، لأن الترديد بين صفقتين : احداهما نقد ، والأخرى دين يستدعي الغرر والابهام ، بل هو الابهام بالذات ، تماماً كما لو قال : بعتك هذا الكتاب ، او ذاك .

البيع قبل اجل انتهاء الدين :

اتفقوا كلمة واحدة بشهادة صاحب الجواهر ، وصاحب مفتاح الكرامة على ان من ابتاع شيئاً بثمن مؤجل ، وقبضه من البائع جاز له ان يبيعه قبل حلول الأجل من بائعه الأول وغيره بجنس الثمن وبغيره مساوياً ، او زائداً ، او ناقصاً ، حالا او مؤجلا ، على شريطة ان لا يكون البائع الاول قد اشترط في نفس العقد على المشتري ان يبيعه اياه ، لانه يستلزم المحال ، وقد بيّنا وجه الاستحالة في فصل الشروط فقرة « غير محال » وان قول من قال : ابيعك هذا بشرط ان تبيعني اياه تماماً كقوله : اعطيك هذا بشرط ان تعطيني اياه .

ويدل على ذلك ان الامام الصادق (ع) سئل عن رجل يبيع المتاع نسيئة ، فيشتريه من صاحبه الذي باعه منه ؟ . قال : نعم لا بأس .

وسئل ولده الامام الكاظم (ع) عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم ، ثم اشتراه بخمسة دراهم ، أيحل ؟ . قال : اذا لم يشترط ، ورضيا فلا بأس .

ومن طريف ما قرأت ، وانا اتتبع مصادر هذه المسألة ان صاحب الحدائق بعد ان نقل هذه الرواية ، وثانية في مضمونها ، قال : ان هاتين الروايتين تدلان على فساد شرط البائع على المشتري ان يبيعه الشيء الذي باعه له ، ولا حاجة الى التعليل بأن هذا الشرط يلزم منه المحال، ثم قال صاحب الحدائق : والسبب في هذه التعليلات ان الفقهاء الذين ذكروها قاصرو النظر عن تتبع الروايات واخبار اهل البيت (ع) .

فرد عليه صاحب مفتاح الكرامة بقوله : ان صاحب الكفاية ذكر الروايتين ، فما ذكرته غير لائق .

بيع المثمن قبل قبضه :

سبق ان من اشترى بثمن مؤجل ، وتسلم المبيع فلـه ان يبيعه ممن شاء ، وكيف شاء ، ونتكلم الآن عمن ابتاع شيئاً ، ولم يقبضه ، فهل له ان يبيعه قبل قبضه ، او لا ؟ .

وما من شك ان الاصل يقضي بأن للمشتري حق التصرف في المبيع ، حتى ولو لم يتسلمه من البائع ، لانه ينتقل الى ملكه بمجرد انعقاد العقد، سواء في ذلك المكيل والموزون وغيرهما ، وسواء أكان البيـع بربح ، او بخسارة ، او تولية ، اي كما اشتراه .. ولكن جماعة من الفقهاء منهم الشيخ الانصاري قالوا : يجوز ذلك في غير المكيل والموزون من الطعام ، اما فيها فلا يجوز الا ان يبيعها تولية ، تماماً كما اشترى من غير ربح ولا خسران ، وعلى هذا فما عليه تجـار هذا العصر من بيع الحبوب والدقيق والسكر والقهوة والشاي قبل قبضها باطل وأكل للمال بالحرام الا اذا باعوا كما اشتروا من غير زيادة ونقيصـة .. واستدل هؤلاء المانعون بقـول الامام (ع) : اذا اشتريت متاعاً ، فيه كيل ، او وزن فلا تبعه ، حتى تقبضه الا تولية ، فان لم يكن فيه كيل او وزن فبعه .

وذهب المشهور من متأخري الفقهاء ، والشيخ المفيـد وصاحب الشرائع من المتقدمين [1] الى جواز البيع وصحته اطلاقاً مكيلا كان او موزوناً ، واجابوا عن الرواية بأن المراد منها الكراهة ، دون التحريم وبطلان البيع ، جمعاً بينها وبين ما دل على الجـواز . فقد روى

---

١ - جرت عادة المؤلفين ان يقسموا الفقهاء الى متقدمين ومتأخرين بحسب العصر والزمن ، ويريدون بالمتقدمين من تقدم على عصر العلامة الحلي المتوفى سنة ٧٢٦ ، اما المتأخرون فيبدأون بالعلامة .

جميل بن دراج عن الامام (ع) في الرجل يشتري الطعام ، ثم يبيعه قبل ان يقبضه ؟ . قال : لا بأس .. ويدل على هذا الجمع رواية ثالثة لأبي بصير ، قال : سألت الامام الصادق (ع) عن رجل اشترى طعاماً ، ثم باعه قبل ان يكيله ؟ . قال : لا يعجبني ان يبيع كيلا او وزناً قبل ان يكيله او يزنه الا ان يوليه ، فلا بأس .

فان لفظ لا يعجبني ظاهر في الكراهة ، وكل مكروه جائز .

القبض

معناه :

ذكر الشيخ الانصاري ثمانية اقوال في معنى القبض ، وبعضها تعمق في البديهات ، والبعض منها تعقيد للواضحات .. ولكن الفقهاء كلهم ، او جلهم على وفاق ان ليس للشارع اصطلاح خاص في معنى القبض ، واذا جاء في كلامه ما يشعر بالتحديد فهو ارشاد الى المعنى العرفي الذي يرجع في حقيقته الى تنفيذ العقد ، وفي الكثير من كتب فقه الأمامية ، والقوانين الوضعية تعاريف صحيحة صريحة بهذا المعنى ، فقد جاء في كتاب مفتاح الكرامة مجلد المتاجر ص ٦٩٦ : « القبض في حقيقته التخلية ، والتخلية هي رفع يد البائع عن المبيع ، والاذن للمشتري بالقبض ، مع عدم المانع ، بحيث يسهل عليه قبضه بسرعة عرفاً » . وفي كتاب البيع للسنهوري مجلد اول ص ٥٨٨ طبعة ١٩٦٠ : « ان يوضع المبيع تحت تصرف المشتري ، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون مانع».. وهذا عين ما جاء في مفتاح الكرامة .

وقال الشيخ الانصاري : « قبض كل شيء بحسبه » اي ان القبض

يختلف بحسب طبيعة المقبوض ، فاذا كان المبيع ارضاً تركها البائع للمشتري يفعل بها ما يشاء ، واذا كان داراً أخلاها من امتعته ، وسلمه مفاتيحها ، على شريطة ان لا يكون مانع يمنعه من التصرف بالعين المقبوضة حين القبض ، وان كان المبيع منقولاً كالحيوان والثوب والطعام يتحقق القبض برفع يد البائع عن المبيع ، واستيلاء المشتري عليه ، اما العد في المعدود ، والكيل في المكيل ، والوزن في الموزون فانها وسيلة لتعيين المبيع ومعرفته ، وليست من معنى القبض والتسليم في شيء .

ثم ان كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع فان دفع الثمن للبائع فلا حاجة لاذنه بالقبض ، سواء أحازه باذن البائع من قبل ، او من غير اذنه ، لان البيع مع قبض الثمن اذن بقبض المبيع ، ومع عدم دفع الثمن لا بد من الاذن بالقبض ، ويحق للبائع انتزاع المبيع منه اذا لم يأذن .

الامتناع عن التسليم والتسلم :

اذا اشترط البائع تأخير التسليم الى امد معين فلا يحق للمشتري ان يطالبه بالمبيع قبل مضي الأوان ، وكذا اذا اشترط المشتري تأجيل الثمن ، واذا لم يؤقت التسليم بأمد معين وجب على البائع ان يبادر الى تسليم المبيع اذا كان المشتري قد دفع الثمن او باذلاً له ، ويتم التسليم بالتخلية في غير المنقول ، وفي المنقول برفع يد البائع عنه ، واستيلاء المشتري عليه ، سواء أنقله من مكانه او لم ينقله ، ومتى تم ذلك خرج المبيع من عهدة البائع ، وصار في عهدة المشتري ، وكذا حال البائع بالنسبة الى الثمن .

وتقول : لقد روي ان الامام الصادق (ع) سئل عن رجل اشترى متاعاً من آخر ، وتركه عنده فسرق المتاع من مال من يكون ؟. قال الامام : من مال صاحب المتاع ،حتى يقبض المتاع ، ويخرجه من بيته ،

اي من بيت البائع ، وهذه الرواية صريحة بأنه لا بد من النقل في المنقول ، وان مجرد الاستيلاء غير كافٍ .

وقد اجاب الشيخ الانصاري عن ذلك بقوله : « ان الاخراج من البيت كناية عن الاخراج من سلطة البائع ، ورفع يده عن المبيع ، ولا ينبغي خفاء ذلك على المتأمل في الاستعمال العرفي » .

واذا تشاحا ، فحبس البائع المثمن ، حتى يقبض الثمن ، وحبس المشتري الثمن ، حتى يقبض المثمن ، اذا كان كذلك اودعا الثمن عند امين يثقان به ، او يثق به الحاكم الشرعي ، فان تسلم المثمن دفع الامين الثمن الى البائع ، وان امتنع البائع عن التسليم ، مع بذل المشتري للثمن اجبره الحاكم ، ومع تعذر التنفيذ بالقوة يُرد الثمن الى المشتري ، ويتخير بين الفسخ والامضاء ، وان حبس المشتري الثمن ، وبذل البائع المثمن نفذ الحاكم على المشتري بالقوة ، ومع تعذر التنفيذ كان البائع بالخيار ، ان شاء فسخ ، وان شاء انتظر مترقباً الفرص .

واذا قبض المشتري المبيع قبل ان يدفع الثمن ، فان كان باذن البائع صح القبض ، والا فللبائع انتزاعه منه ، لأن له تمام الحق في حبس المبيع في قبالة حبس الثمن صح القبض ، حتى ولو كان قهراً عن البائع ، وكذلك الحال بالقياس الى البائع ، له ان يستولي على الثمن من غير رضا المشتري ان كان قد سلم المثمن ، والا فلا بد من رضا المشتري .. وبالايجاز ان من نفذ الالتزام يجوز له ان ينفذه على الطرف الآخر دون رضاه ، ومن لم ينفذ الالتزام على نفسه فبالأولى ان لا ينفذه على غيره ، قال الشيخ الانصاري : « ان صحة القبض تكون بأحد امرين : اما ان يسلم ما في يده لصاحبه ، فله حينئذ ان يأخذ ما في يد صاحبه ، ولو من غير اذنه ، واما ان يأذن صاحبه بالقبض ، سواء أسلّم هو ، او لا » .

ثم ان للقبض احكاماً كثيرة تترتب عليه نعرض طرفاً منها فيما يلي ملخصاً عن كتاب المكاسب ، وكتاب الجواهر ، مع ابداء الملاحظات ، ان كان لها من موجب .

الهلاك قبل القبض وبعده :

تقدم اكثر من مرة ، بخاصة في الفصل السابق انه قد ثبت بالنص والاجماع ان المبيع اذا تلف ، او حدث فيه حدث قبل قبضه فهو من مال البائع ، غير ان الفصل السابق خاص بأحكام الخيار ، وتلف المبيع في زمن الخيار ، وفي هذا الفصل نتكلم عن القبض واحكامه بوجه عام، واظهر مسائله النتائج المترتبة على هلاك المعقود عليه قبل القبض وبعده .

اما الهلاك بعد القبض فانه من مال المشتري ، سواء أكان الهلاك بقوة قاهرة او بغيرها ، لا باعتباره مالكاً فحسب ، بل لأنه المالك المسيطر على العين ، الا اذا كانت حيواناً ، او غيره بشرط الخيار للمشتري ، وتلفت في يده قبل انتهاء امد الخيار ، إذ يكون التلف ، والحال هذه ، من مال البائع الذي لا خيار له ، كما تقدم في الفصل السابق فقرة « ضمان المبيع » .

اما اذا كان الهلاك قبل القبض والتسليم لسبب لا يد للمشتري فيه فهو من مال البائع ، لحديث : « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » . وليس السر في ذلك ما قاله الفقهاء القدامى والجدد : العقد ينفسخ قبل الهلاك آناما ، وانما السر — على ما نحسب — ان البائع قد تعهد ، اثناء العقد ان يسلم المبيع للمشتري بجميع مقوماته وصفاته ، تماماً كما كان حين العقد ، وبهذا يكون المبيع في عهدة البائع ، حتى يسلمه الى المشتري ، وعليه يمكن القول : ان تلف المبيع قبل القبض

كان الحكم على وفق الاصل ، يعمل به،حتى ولو لم يرد فيه نص .

على ان التوجيه الذي ذكرناه يلتقي مع توجيه الفقهاء ، لأن الالتزام بتسليم المبيع يصبح مستحيل التنفيذ بعد التلف ، ومتى استحال تنفيذ العقد انفسخ قهراً ، ولكن لا قبل التلف آناما، كما قال الفقهاء،ولا حين التلف بل يكشف التلف عن بطلان العقد من الاساس،لعدم القدرة على التسليم، وقد ذكرنا في فصل شروط العوضين فقرة « القدرة عند الاستحقاق » ان القدرة عند العقد مع العجز عن التسليم حين الاستحقاق لا تجدي شيئاً في صحة العقد .

ضمان المعاوضة ، وضمان اليد :

قسم الفقهاء الضمان الى قسمين : ضمان معاوضة ، وضمان يد ، ويريدون بضمان اليد الضمان بالمثل والقيمة ، فالغاصب والمستام [1] والمستعير المفرط ، كل هؤلاء ضمانهم ضمان يد ، اي ان العين اذا تلفت في يد احدهم فعليه بدلها الواقعي من المثل او القيمة .

اما ضمان المعاوضة فيريدون به ان العوضين اللذين كانا محلا للتعاقد اذا تلف احدهما عند مالكه الاول ، وقبل ان يسلمه للمتعاقد الثاني يكون ضامناً له ، ولكن بعوضه المسمى ، لا ببدله الواقعي من المثل او القيمة — مثلاً — اذا اشترى زيد كتاباً من عمرو بقلم ، فبمجرد انعقاد العقد ينتقل الكتاب الى زيد ، والقلم الى عمرو ، فلو افترض ان الكتاب تلف بعد العقد ، وقبل تسليمه لزيد يكون ضمانه على عمرو ، ولكن

---

١ — المستام هو الذي يأخذ الشيء المعروض للبيع بقصد الاختبار ، ليشتريه : فاذا تلف في يده ضمنه لصاحبه بالمثل او القيمة ، حتى مع عدم التفريط ، لقاعدة على اليد ما اخذت حتى تؤدي ، اما اذن البائع له بالقبض فهو مشروط ضمناً بأن التلف على القابض اطلاقاً ، ويأتي الكلام عنه في باب الغصب ان شاء الله ، واشرنا اليه في كتاب اصول الاثبات في الفقه الجعفري فصل اليد والضمان ، فقرة « المقبوض بالسوم » .

لا بمثله او قيمته ، بل بالقلم الذي وقع عوضاً عن الكتاب ، وكذلك اذا تلف القلم قبل ان يستلمه عمرو ، ومعنى هذا بحسب النتيجة ان وجود العقد وعدمه سواء .

وبهذا يتضح ان ضمان البائع للمبيع التالف قبل قبضه انما هو ضمان معاوضة ، لا ضمان يد ، وانه ليس للمشتري ان يرجع على البائع ، ويطالبه بعوض المبيع من المثل او القيمة، كما انه لا يعقل ان يسقط الضمان عنه ، لأنه اسقاط للساقط ، او ايجاب لما لم يجب على حد تعبير الفقهاء .

الهلاك الجزئي :

اذا نقصت قيمة المبيع السوقية قبل قبضه ، كما اذا اشتراه بعشرة ، وكانت هذه قيمته حين التعاقد ، وقبل القبض هبطت بما لا يتسامح به عرفاً ، بحيث لو كان الهبوط قبل العقد لما تم البيع بالثمن المسمى ، اذا كان كذلك يبقى الالتزام على ما كان ، ولا يحق للمشتري ان يفسخ ، ولا ان ينقص من الثمن ، كما ان البائع لا يحق له ان يفسخ او يزيد على الثمن ان ارتفعت القيمة قبل القبض .

واذا تلف بعض المبيع ينظر : فان كان التالف يمكن بيعه منفرداً ، كما لو اشترى قطيعاً من الغنم فتلف بعضه انفسخ العقد بالنسبة الى التالف ، مع ما يقابله من الثمن ، لانه مبيع تلف قبل قبضه ، ويثبت الخيار للمشتري بين فسخ العقد ، لتبعيض الصفقة ، وبين امضاء البيع بالقياس الى الباقي بحصته من الثمن ، قال الشيخ الانصاري : «لا اشكال ولا خلاف في ذلك» .

وان كان الهالك وصفاً للمبيع ، بحيث لا يمكن بيعه منفرداً ، كعين الدابة ، ولون الثوب تخير المشتري بين الفسخ ، او الامضاء مع المطالبة بالارش على ما هو المشهور بين الفقهاء بشهادة صاحب المسالك . وبعد

ان ابدى الشيخ الانصاري ملاحظاته على القائلين بالارش قال : « ومع ذلك فقول المشهور لا يخلو من قوة » .

نماء المبيع التالف :

اذا تجدد للمبيع نماء بعد العقد، وقبل التالف ، فهل يكون للمشتري، او للبائع ؟ .

قال صاحب الجواهر : « لا خلاف بناء على حصول الملك بمجرد العقد في انه اذا حصل نماء للمبيع كان ذلك للمشتري ، لأنه من التوابع لملكه ، فان تلف الاصل قبل قبضه سقط الثمن عن المشتري ، وله النماء ، لأن التحقيق ان العقد ينفسخ من حين التلف ؛ لا من اصله ».
وتكرر مضمون هذه العبارة في كتب الفقه ، ومنها المكاسب والمسالك ومفتاح الكرامة .

والحق ان النماء للبائع ، لا للمشتري ، لما سبق من ان القدرة على التسليم شرط لصحة العقد ، والمفروض عدمها ، فيكون العقد باطلاً من اصله ، والغريب ان جميع الفقهاء ، ومنهم صاحب الجواهر والمكاسب والمسالك ذكروا ان القدرة على التسليم شرط لصحة العقد ، ولكنهم ذهلوا هنا عما قالوه هناك ، ولم يتذكروا الا تبعية النماء للملك ... والعصمة لله [1] .

---

١ – ذاكرت اخا فاضلا بهذا فقال مدافعاً عن الفقهاء : ان مرادهم من شرط القدرة على التسليم القدرة حين العقد وبعده بأمد يمكن فيه التسليم ، والفرض هنا انه مضى من الوقت اكثر من ذلك ، وجوابنا انهم اطلقوا القول بأن القدرة تعتبر عند التسليم ، ولم يفصلوا بين الوقت القصير والطويل .

هلاك الثمن قبل قبضه :

اذا كان كل من العوضين من غير النقود ، كما لو تبادلا عيناً بعين شخصية على سبيل المقايضة، او وقعت العين مهراً او عوضاً عن خلع ، او منفعة ، او على صلح عما في الذمة ، وما الى ذلك ، ثم تلفت قبل قبضها فحكمها حكم تلف المبيع قبل قبضه تذهب من مال مالكها الاول، قال الشيخ الانصاري : « تلف الثمن المعين قبل القبض ، كتلف المبيع المعين في جميع ما ذكر — ثم قال — ، وهل تلحق العوضات في غير البيع بالبيع في هذا الحكم ؟ .. نعم ذكر الفقهاء في الاجارة والمهر وعوض الخلع ضمان العين لو تلفت قبل القبض .. ويظهر من كتاب التذكرة عموم الحكم لجميع المعاوضات ، على وجه يظهر انه من المسلمات » .

مكان التسليم :

اذا لم يُشترط تأجيل الثمن او المثمن وجب التسليم في الوقت الذي يتم فيه العقد ، واذا لم يعين مكان التسليم ، وكان المعقود عليه من الأعيان المنقولة فمكان التسليم هو مكان العقد ، فاذا وجد فيه فذاك ، والا فعلى مالكه الاول نقله اليه مثمناً كان او ثمناً ، واذا كان المكيل والموزون مثمناً فاجرة الكيل والوزن على البائع ، وان كان ثمناً فعلى المشتري ، والمعيار ان كل ما يعود الى المثمن فنفقته على البائع ، وكل ما يعود الى الثمن فعلى المشتري .

اما اجرة السمسار فعلى من يأمره ، فان امره المشتري فاجرته عليه، لا على البائع ، وكذلك البائع .

التنازع :

١ ـ اذا كان المبيع مما يكال او يوزن او يعد ، او مـا اشبه كصفحات الكتاب ، وما الى ذلك مما يقبل النقصان ، وبعد ان قبضه المشتري رجع على البائع ، وقال : وجدته ناقصاً ، وانكر البائع ذلك ، فان كان قد حضر المشتري الكيل والوزن ، ورأى المبيع وتسلمه بنفسه من البائع فالقول قول البائع اذا لم يكن للمشتري بينة ، لأنه لمـا شاهد وقبض بنفسه كان ذلك منه بمنزلة الاعتراف بوصول حقه اليه كاملاً ، فاذا ادعى النقصان بعد ذلك كان اشبه بمن انكر بعد ان أقر .

واذا لم يحضر المشتري الكيل والوزن ، ولم يقبض بنفسه ، كما لو ارسل البائع المبيع مع احد المستخدمين عنده فالقول قول المشتري بيمينه اذا لم يكن للبائع بينة ، لأن الاصل عدم وصول حقـه اليه ، وهذا التفصيـل هو المشهور بين الفقهاء . وعن كتـاب الرياض انهم مجمعون عليه .

٢ ـ اختلفا في قدر الثمن ، فقال المشتري : بعتني بثمانية ، وقـال البائع : بعشرة ، فان كان المبيـع قائماً فالقول قول البائع بيمينه ، اذا لم يكن للمشتري بينة ، وان كان المبيع هالكاً فالقول قول المشتري مع عدم البينة للبائع ، قـال صاحب الجـواهر : هذا هو المشهور بين الفقهاء شهرة عظيمة ، والدليل ان الامام الصادق (ع) سئل عن رجل يبيع الشيء ، فيقول المشتري هو بكذا بأقل مما يقول البائع ؟ . قـال الامام : القول قول البائع ، مع يمينه اذا كان الشيء قائماً بعينه .

ولولا عمل الفقهاء بهذه الرواية واعتمادهم عليها لكـان القول قول المشتري اطلاقاً ، لأن الاصل عدم الزيادة في الحالين .

٣ ـ اذا قال المشتري للبائع : اشتريت منك ثوبين بدرهم ، وقال

البائع : بل ثوباً واحداً بدرهم ، فالقول قول البائع ، لأن احد الثوبين متفق على انه محل البيع ، والثاني مختلف فيه ، والاصل بقاؤه على ملك مالكه الاول ، حتى يثبت العكس ، وهكذا كل اختلاف وقع على الأقل او الاكثر يؤخذ بقول من يقول بالأقل الا ما خرج بالدليل ، لأنه موضع اليقين من اتفاقهما ، والزائد مشكوك، فلا يثبت الا بالبينة .

واذا اختلفا في تعيين المبيع ، فقال البائع : بعتك هذا الثوب ، وقال المشتري : بل ذاك الثوب كانا متداعيين ، اي ان كل منهما مدعٍ ومنكر في آن واحد ، يدعي ما ينفيه خصمه ، وينكر ما يثبته ، فان لم تكن بينة تفصل بين الطرفين حلف كل على نفي ما يدعيه الآخر ، لا على اثبات ما يدعيه هو ، لأن المدعي يكلف بالبينة ، لا باليمين ، ومتى تحالفا سقطت دعوى كل منهما على الآخر ، تماماً كما تسقط اذا دعى ابتداء على شخص انه باعه ، او اشترى منه فانكر المدعى عليه ، وحلف ، فتسقط الدعوى ، واذا سقطت دعوى الاثنين ينفسخ العقد حتماً ، لاستحالة تنفيذه .

وكذا اذا اتفقا ان البيع كان بالنقد الاجنبي ، لا بنقد البلد ، واختلفا في تعيينه ، فقال البائع : بعتك بالجنيه ، وقال المشتري : بالدولار ، فانهما يتحالفان ، ويبطل البيع من رأس ، اما اذا قال احدهما : كان البيع بنقد البلد ، وقال الآخر : بالنقد الاجنبي فالقول قول الاول .

المرابحة وتوابعها

ينقسم البيع بالنظر الى الإخبار بالثمن وعدمه الى اربعة اقسام ، وهي :

المساومة :

١ ـ المساومة ، وهي ان يساوم المشتّري البائع على السلعة بما يتفقان عليه من الثمن من غير تعرض لذكر الثمن الذي اشتّرى به البائع ، سواء أعلمه المشتّري ، او لم يعلمه .

وعن اهل البيت (ع) ان بيع المساومة افضل من غيره ، قال الامام الصادق (ع) : اكره ان ابيع عشرة بأحد عشر ، ونحو ذلك من البيع ، ولكن ابيع كذا وكذا مساومة .

ونهى عن الربح الكثير ، من ذلك قوله : ربح المؤمن على المؤمن ربا الا ان يشتّري باكثر من مئة درهم ، فاربح عليه قوت يومك ، او يشتّريه للتجارة ، فاربح عليه ، وارفق به .

قال الفقهاء : المراد بالربا ـ هنا ـ تأكيد الكراهة وشدتها .. وفي هذه الرواية اشارة الى كراهية الربح الكثير ، وان الافضل ان لا يزيد عن قوت اليوم الواحد ، اذا كانت الصفقة مما يعتد بها ، والا فان

الأفضل ان يكون الربح دون قوت اليوم ، بخاصة اذا كان الشراء لسد الحاجة ، لا للربح .

ومن الخير ان نذكر بهذه المناسبة ما جاء في كتاب وسائل الشيعة ج ١ باب « كراهة البيع بربح الدينار ديناراً » فان فيه درساً وعظة ..

دعا الامام الصادق (ع) مولى له ، اسمه مصارف ، واعطاه الف دينار ، وقال له : تجهز ، حتى تخرج الى مصر ، فان عيالي قد كثروا ، فاشترى مصارف بالمال بضاعة ، وخرج بها مع التجار الى مصر ، فلما قربوا منها واذا بقافلة خارجة من مصر ، فسألوهم عن المتاع الذي معهم : ما حاله في المدينة ؟ فقالوا : ليس بمصر منه شيء ، فتحالفوا ، وتعاقدوا على ان لا يبيعوا الا بربح الدينار ديناراً ، وهكذا كان ، ولما رجع مصارف الى المدينة دخل على الامام ، ومعه كيسان ، في كل واحد الف دينار ، وقال : هذا رأس المال ، وهذا ربح . فقال الامام : انه ربح كثيراً .. ماذا صنعتم ؟ فحدثه كيف تحالفوا .. فقال الامام : سبحان الله .. تحلفون على قوم مسلمين ان لا تبيعوهم الا بربح الدينار ديناراً .. ثم اخذ كيساً واحداً ، وقال : هذا رأس مالي ، ولا حاجة لي بهذا الربح . ثم قال : يا مصارف ، مجالدة السيوف اهون من طلب الحلال .

التولية :

٢ – التولية ، وهي ان يخبر البائع المشتري برأس المال ، ثم يتفقان على البيع مع جميع النفقـات والمؤن التي انفقها عليه من غير زيادة او نقيصة .

واذا ظهر كذب البائع فلا يبطل البيع ، لانه عقد على شيء معلوم بثمن معلوم مع التراضي ، اما الكذب بالثمن فيتلافى ويستدرك بالخيار ،

تماماً كاشتراء المعيب ، مع الجهل بالعيب .. والخيار - هنا - بين الفسخ او الامضاء بالثمن المسمى ، وليس للمشتري ان يمسك المبيع ، ويحط من الثمن الزيادة التي كذب بها البائع ، لان البيع وقع على الثمن الذي اخبره به البائع ، وهو المذكور صراحة في صلب العقد دون الثمن الواقعي ، فاما ان يرضى بالمسمى ، واما ان يرد ، ولا شيء على البائع سوى الأثم .. ولو قال البائع للمشتري : لا تفسخ ، واحط عنك الزيادة سقط الخيار ، لارتفاع سببه .

الوضيعة :

٣ - الوضيعة ، وهي ان يخبر البائع المشتري برأس المال ، ثم يتفقان على البيع بحط مقدار معين من الثمن الذي اشترى به البائع ، واذا تبين كذبه بالاقرار او بالبينة فللمشتري الخيار على الوجه المتقدم في التولية .

المرابحة :

٤ - المرابحة عكس الوضيعة ، أي البيع برأس المال مع ربح معين ، واذا تبين كذب البائع فللمشتري الخيار ، كما تقدم .

ولا بد في الاقسام الثلاثة الاخيرة من علم المشتري برأس المال ، والمؤن ، وبجميع ما طرأ على المبيع من زيادة او نقيصة ، فقد جاء في مفتاح الكرامة : « لا يكفي تجدد العلم بعد العقد ، وان اقتضاه الحساب المنضبط » .. وسبق في فصل النقد والنسيئة ، فقرة « التأجيل » ان التعيين الواقعي الذي يمكن الاطلاع عليه بسهولة كاف لصحة التعاقد ، وان جهل المتعاقدان بالشيء المعين واقعاً ، على شريطة ان ينشئا العقد على اساسه .

واذا كان البائع قد اشترى السلعة الى اجل فعليه ان يخبر المشتري بذلك ، فان كتمه واخفى عنه وكان قد باع بمثل ما اشترى ، مع ربح معلوم يكون للمشتري مثل ما كان للبائع من الاجل ، قال رجل للامام الصادق (ع) : انما نشتري المتاع بنظرة ، فيجيء الرجل ، فيقول : بكم تقوّم عليك ؟ فاقول بكذا وكذا ، فابيعه بربح ؟ قال الامام : اذا بعته مرابحة كان له من النظرة مثل ما لك .

والاقسام الاربعة كلها صحيحة وجائزة شرعاً ، اما بيع المزايدة ، وهي ان ينادي الرجل على السلعة طلباً للزيادة فيها ، ثم يستقر البيع على من لم يزد عليه ، اما هذا النوع من البيع فيدخل في بيع المساومة ، وليس قسماً مستقلاً برأسه .

اذا اكذب البائع نفسه :

اذا اخبر البائع برأس المال ، وتم البيع على اساسه ، ثم ادعى انه كان اكثر مما اخبره به ، وانه كان مشتبهاً في إخباره ، اذا كان كذلك ردت دعواه بمجرد سماعها من غير بينة ولا يمين ، حتى ولو كان معروفاً بالصدق ، لانه انكار بعد اقرار ؛ ولو استُمع منه لانسد باب العمل بالاقرار ، اجل ، اذا ادعى ان المشتري يعلم بالواقع كما هو ، وانه قد غلط واشتبه فتسمع دعواه ، ويحلف المشتري على نفي علمه بمقدار رأس المال .

السلم

معناه :

السلم بفتح السين واللام ، ومثله السلف وفي بعض كتب اللغة ان السلم والسلف واحد وزناً ومعنى ، والسلم نوع من انواع البيع الذي هو مبادلة مال بمال ، لان المال الذي يقع محلاً للمبادلة تارة يكون عيناً خارجية حاضرة ، فتباع بالمشاهدة ، واخرى غائبة ، فيجوز بيعها بالوصف ، وثالثاً يكون في الذمة ، ومنه بيع السلم بالشروط الآتية ، ويجوز ان يكون المبيع في الذمة حيواناً ، وطعاماً ، وفاكهة ، وغيرها من العروض ، وعرفه الفقهاء بانه ابتياع مال غير موجود بالفعل ، ولكنه ممكن الوجود بثمن مقبوض حالاً على ان يسلم البائع للمشتري المبيع في اجل معلوم ، اما وجه التسمية بالسلم والسلف فلأن المشتري يسلم البائع ، ويسلفه مبلغاً معيناً من المال مقابل ان يسلمه المعقود عليه في موعد يتفقان عليه .

شرعية السلم :

وهذا النوع من البيع جائز شرعاً بالرغم من ان المبيع معدوم حين البيع ،

والدليل على شرعية النص ، قال الامام الصادق (ع) : لا بأس بالسلم في المبتاع اذا وصفتَ الطول والعرض ، وفي الحيوان اذا وصفتَ اسنانها .

وسئل عن الرجل يسلف في الغنم الثنيان والجذعان ، وغير ذلك الى اجل مسمى ؟ قال : لا بأس به .

وقال : لا بأس بالسلم في الفاكهة .

وسئل عن السلف في الحرير والمتاع ؟ قال : نعم ، اذا كان الى اجل معلوم .

وقال : قال علي امير المؤمنين: لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً الى اجل معلوم ، ولا تسلم الى دياس ، والى حصاد ، اي ادراك الغلة ، لان وقتها يتقدم ويتأخر ، الى غير ذلك من الروايات .

الشروط :

يشترط في بيع السلم امور :

١ ـ ذكر الجنس والوصف بلفظ يدل عليها صراحة ، بحيث يمكن ان يرجع اليه المتعاقدان عند الاختلاف ، والمراد بالجنس ـ هنا ـ حقيقة المبيع من الحنطة او الشعير ، او الغنم او الثياب ، وما اليها ، اما الوصف فهو كل ما يختلف الثمن من اجله اختلافاً لا يتسامح عرفاً بمثله ، والدليل على هذا الشرط الاحتراز من الغرر المبطل ، وقول الامام : « لا بأس اذا وصفتَ الطول والعرض » .

وقال الفقهاء : يصح السلم في الفواكه ، والخضار ، والبيض ، والجوز ، واللوز ، والالبان ، والاسمان ، والاطياب ، والملابس ، والاشربة ، والادوية ، لإمكان ضبطها بالوصف الذي تتفاوت فيه الرغبات.

وقالوا : لا يصح السلم في الجواهر واللآلىء ، لتعذر ضبط اوصافها التي يتفاوت الثمن بها تفاوتاً فاحشاً ، وكذا لا يجوز في العقارات والارضين ،

ولا في الخبز والجلود ، لعين السبب .

وقالوا : لو اشترط الفرد الاجود لم يصح لتعذره ، إذ ما من جيد الا ويمكن ان يكون غيره اجود منه .. وقال جماعة منهم : وكذا لا يصح اشتراط الاردى ، لعين السبب .

وبديهة ان اقوال الفقهاء في مثل هذه البحوث والمسائل ليست بحجة ، لأنها ليست من اختصاصهم في شيء ، ما دامت في تشخيص الموضوعات الخارجية ، لا في معرفة الاحكام الشرعية .. ان وظيفة الفقيه ان يبين الحكم الشرعي الكلي ، مثل الغرر مبطل للبيع ، اما بيان موضوعات الاحكام ، وان هذا غرر ، او ليس بغرر فليس من شأنه ، ولا ادل على ذلك من قول الفقهاء : هذا يصح ، لامكان ضبطه بالوصف ، وذاك لا يصح ، لعدم امكان الضبط ، فالمعول — اذن — على امكان الضبط ، وليس من شك ان المرجـع فيه هو العرف ، قال صاحب الجواهر في مجلد المتاجر ، مبحث السلم : « لقد اكثر الفقهاء من الامثلة للجائز والممتنع في السلم ، كما اكثروا في بيان الاوصاف للموصوفات ، مع انه اطلق في النصوص انه لا بأس بالسلم في المبتاع اذا وصف الطول والعرض ، ولا بأس به في الحيـوان اذا وصفت الاسنان اتكالاً على العرف ، فكان الاولى بالفقهاء ان يتركوا ذلك الى العرف — وقال — ان العامي ربما يكون اعرف من الفقيه في ذلك » .

ومهما يكن ، فالمهم ان نعرف ان كل ما يمكن ضبطه باوصافه المطلوبة يصح فيه السلم ، وما عدا ذلك يبطل ، لان ما لا يضبطه الوصف غرر ، وكل غرر باطل ، اما تمييز الفرد الذي يضبطه الوصف عن غيره من الافراد التي لا تضبط بالوصف فالمرجع فيه العرف ، كما قال صاحب الجواهر .

٢ — ان يقبض الثمن في مجلس العقد ، فاذا افترقا من غير ان يحصل القبض بطل السلم ، ولا دليل على هذا الشرط سوى الاجماع على ما قيل .

واذا قبض بعض الثمن قبل التفريق صح في المقبوض فقط ، لوجود المقتضي ، وهو العقد والقبض ، وبطل في الباقي للافتراق قبل القبض ، ويثبت للبائع خيار تبعيض الصفقة ، اذا لم يكن هو السبب في عدم القبض ، كما لو بذل المشتري الثمن ، وامتنع البائع عن اخذ البعض دون البعض ، اما المشتري فلا خيار له ، لان الامتناع منه اذا لم يدفع الكل .

ولو كان للمشتري دين في ذمة البائع فهل يجوز جعله ثمناً للمسلم فيه ، اي للمبيع المؤجل ؟

ذهب المشهور الى عدم الجواز ، لانه بيع دين بدين . وقد ثبت عن الامام الصادق (ع) انه قال : رسول الله (ص) : لا يباع الدين بالدين .

٣ ـ ان يكون المسلم فيه معلوم الكمية كيلاً فيما يكال ، ووزناً فيما يوزن ، وعداً فيما يعد ، او ما يقوم مقام ذلك مما تنتفي معه الجهالة والغرر .. وكما يجب تعيين المبيع يجب تعيين الثمن ايضاً .

٤ ـ ان يكون الاجل معلوماً ، للاحتراز من الغرر ، وللاجماع ، ولقول الامام : « اذا كان الى اجل معلوم » .

ولا حد لطول الاجل وقصره ، ما لم يعد سفهاً ، كدقيقة في جانب القلة ، وكألف سنة في جانب الكثرة ، وتقدم البيان عنه في فصل النقد والنسيئة فقرة « التأجيل » .

٥ ـ ان يكون المسلم فيه موجوداً في الغالب عادة عند حلول اجل التسليم ، فاذا ندر وجوده كفاكهة الشتاء يؤجل تسليمها الى الصيف ، وفاكهة الصيف الى الشتاء يبطل السلم .

والغرض من هذا الشرط عند المشترطين له هو قدرة البائع على تسليم المبيع عند الاستحقاق ، وسبق في فصل شروط العوضين ان القدرة شرط لصحة البيع من حيث هو سلما كان او غيره ، وعلى هذا لو قدر البائع على التسليم في الوقت المعين صح السلم ، حتى ولو لم يكن الا الفرد المسلم فيه ، فلا جدوى ـ اذن ـ من ذكر هذا الشرط هنا ، ولذا

قال صاحب الجواهر : « اذا اريد من هذا الشرط امر زائد على ما في البيع فلا اجد دليلا عليه » .

موضع التسليم :

لا يشترط ذكر موضع التسليم في العقد ، ولكن إن ذكراه تعين العمل به ، والا وجب التسليم في موضع العقد ، وسبق البيان في ذلك فصل القبض فقرة « مكان التسليم » .

تعذر التسليم :

اذا حل الاجل ، وتعذر تسليم البيع ، لقوة قاهرة ، كما لو تلف الزرع او هلكت الماشية فلا يبطل العقد ، ولا يجب على البائع ان يدفع عوض المبيع من المثل او القيمة على ما هو المشهور بين الفقهاء ، لان محل العقد الذمة ، وليست العين الخارجية ، والمتعذر أجل التسليم ، والذي يوجبه الحكم ان يتخير المشتري بين الفسخ واسترجاع الثمن ، وبين الصبر الى امد تمكن فيه وجود المبيع ، ويدل عليه الامام الصادق (ع) سئل عن رجل اسلف في شيء تسلف فيه الناس من الثمار ، فذهب زمانها ، ولم يستوف سلفه ؟ قال فليأخذ رأس ماله ، او لينتظر .

الصرف

يدخل الصرف في فصل الربا ، ولكن الكثير من الفقهاء تكلموا عنه في فصل مستقل بالنظر لاهميته في عهدهم ، حيث كانت النقود ذهباً وفضة ، وآثرنا نحن ذكره على حدة تمشياً مع الاكثرية ، واوجزنا القول فيه ، لان دراسته اليوم لا تتعدى النظريات المجردة ، وليس لها من النفع ما كان لها بالامس .

وقد عرف الفقهاء الصرف ببيع الأثمان بمثلها ، مع شرط التقابض في المجلس ، فان لم يحصل التقابض اطلاقاً ، او حصل مع تعدد المجلس بطل الصرف ، على المشهور شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً ، على حد تعبير صاحب الجواهر .. والتقابض في المجلس في الصرف شرط زائد على سائر الأعيان الربوية التي يأتي البيان فيها في الفصل التالي .

ويريد الفقهاء بالأثمان خصوص الذهب والفضة دون الاوراق النقدية .. ويلاحظ بانهم قالوا في سبب الاختصاص بالذهب والفضة انهما يقعان ثمنا عن الاشياء ، ومعلوم ان اوراق النقد تقع ايضاً ثمناً عن الاشياء ، فينبغي تعميم الحكم اليها .. بل ان تعبيرهم بلفظ الأثمان يشمل كل نقد مهما كان نوعه ، ما دام من شأنه ان يكون ثمناً لا مثمناً .. ولكن الجمود

على حرفية النص يستدعي الوقوف عند الذهب والفضة ، وعدم التجاوز الى غيرهما .

النص :

قال الامام الصادق (ع) : نهى رسول الله عن بيع الذهب بالذهب زيادة الا وزناً بوزن .

وقال : الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والفضل بينهما هو الربا المنكر .

وسئل عن الرصاص ؟ فقال : الرصاص باطل ، اي لا يصح به الصرف .

وسئل عن الرجل يبتاع الذهب بالفضة مثلين بمثل ؟ قال : لا بأس به يداً بيد . الى غير ذلك من الروايات .

التفاضل :

لا يجوز بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة الا مثلاً بمثل بلا زيادة ولا نقصان ، ويستوي في ذلك بيع المسكوك ، وغير المسكوك ، والصحيح والمكسور ، والجيد والرديء ، ما دام كل منهما من جنس واحد ، قال صاحب الجواهر : « جيد الجوهر ورديئه واحد بلا خلاف ولا اشكال ، لصدق اتحاد الجنس فيه » .

واذا كان الذهب مغشوشاً فيه مادة ثانية غير الذهب فلا يباع بالذهب ، بل يباع بالفضة ، او بغيرها الا ان يعلم مقدار الصافي من الذهب فيباع بمثله ، مع اسقاط مقدار الغش ، وكذا الحكم بالنسبة الى الفضة .. ويجوز بيع الذهب بالفضة ، مع التفاضل لاختلاف الجنس .

مسائل :

اذا اشترى شيئاً بنوع خاص من النقد تعين ، ولا يجبر المشتري على اخذ غيره ، وان كان ساواه في القيمة او زاد عنه ، كما ان المشتري لا يجوز له دفع غيره ، وان كان افضل الا برضا البائع .

٢ - اذا اشترى دراهم معينة بدراهم كذلك ، ثم تبين ان جميع ما صار اليه من غير جنس الدراهم بطل العقد - مثلاً - اذا كان مع شخص قطعة نقد فضية معينة من ذوات العشرة دراهم ، ومع آخر قطعتان معينتان ، كل منهما من ذوات الخمسة ، واتفقا على صرف الواحدة بالقطعتين ، وبعد ان تم التقابض تبين ان الواحدة من الرصاص ، والقطعتين من الفضة ، او بالعكس بطل العقد ، لانه وقع على عين شخصية بقصد انها فضة ، وحيث تخلف القصد بطل العقد ، تماماً كما لو اشترى هذا الثوب بالذات بقصد انه صوف ، فتبين انه قطن ، واذا بطل العقد فلا سبيل للقول بجواز المطالبة بالابدال او الارش .

اجل ، اذا كانت القطعتان من الفضة ، لا من الرصاص ، ومن جنس القطعة ذات العشرة ، ولكن تبين ان فيها عيباً كان لصاحب القطعة غير المعيبة حق الخيار في الرد او الامساك من غير ارش ، لان اخذ الارش مستلزم للزيادة في الوزن ، فيكون ربا ، وقد بينا ان التفاضل غير جائز في بيع الذهب بالذهب ، وفي بيع الفضة بالفضة ، وان المساواة فيها لا بد منها ، حتى بين الجيد والرديء .

٣ - اذا اشترى دراهم بدراهم مثلها في الذمة ، لا بدراهم خارجية معينة ، ولدى التقابض تبين ان جميع ما صار اليه من غير جنس الدراهم لا يبطل الصرف كما هي الحال لو وقع العقد على عين خارجية - مثلاً - اذا قال له اعطيك قطعة من ذوات العشرة بقطعتين من ذوات الخمسة ،

من غير ان يقول : هذي بهاتين ، بل جرى العقد علي ما في الذمة ، وبعد القبض تبين ان القطعتين من الرصاص يجوز للآخر ، والحال هذي ، ان يطالبه بالابدال ، لعدم تحقق قبض الشيء المعقود عليه ، تماماً كما لو اشترى ثوباً من الصوف في الذمة ، واعطاه البائع ثوباً من قطن ، فان العقد لا يبطل بذلك ، بل للمشتري ان يطالب بالابدال .

واذا تبين ان القطعتين من جنس الفضة ، ولكن فيهما عيباً كان الطرف الثاني مخيراً بين الرد والامساك من غير ارش ، لما قدمنا من ان الارش يستدعي الزيادة في الوزن ، والزيادة ربا محرم ومبطل .

الربا

التحريم :

يحرم الربا بنص الكتاب والسنة ، واجماع المسلمين كافة من يوم الرسول الاعظم (ص) الى اليوم ، بل لا يحتاج التحريم الى دليل ، لان الدليل انما يستدل به على النظريات الاجتهادية ، والمسائل الظنية ، اما الواضحات البديهية فيستوي في معرفتها العالم والجاهل ، والمجتهد والمقلد ، فلا حاجة بها — اذن — الى دليل .. ومن هنا حكم الفقهاء بكفر من انكر تحريم الربا ، لانه ينكر ما ثبت بضرورة الدين ، تماماً كما ينكر وجوب الصوم والصلاة ، والحج والزكاة ، قيل للامام الصادق (ع) : ان فلاناً يأكل الربا ، ويسميه اللبا ؟ قال : لان امكنني الله منه لاضربن عنقه .

وكما يحرم اخذ الربا كذلك يحرم اعطاؤه ، فعن علي امير المؤمنين (ع) ان رسول الله (ص) « لعن الربا وآكله وبايعه ومشتريه وكاتبه والشاهد عليه » ، ولا فرق في التحريم بين الدافع والقابض ، حتى ولو كان لضرورة ملحة ، لان الشارع لعن الجميع ، وهددهم بقوله : « فاذنوا بحرب من الله ورسوله » ، ولم يستثن احداً .

وتقول : لقد تسالم الفقهاء على ان الضرورات تبيح المحذورات ... وان سبحانه اذا قال : « يمحق الله الربا ويربي الصدقات » فقال ايضاً : « انما حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم — ١٧٣ البقرة » . وتحريم الربا تماماً كتحريم الميتة ، فان حلت الميتة من اجل الضرورة فيجب ان يحل الربا للغاية نفسها .

ونجيب اولاً : ان الضرورة المسوغة غير موجودة هنا اطلاقاً ، لا بالقياس الى القابض ، ولا بالقياس الى الدافع ، اما القابض فلأن المفروض ان لديه من المال ما يقيم به الاود ، ولو يوماً واحداً ، والآية الكريمة احلت الميتة والدم ولحم الخنزير لمن اشرف على الهلاك من الجوع ، لا لمن يرابي لتربو امواله ، واما الدافع فلأن الضرورة اذا سوغت له اخذ المال فانها لا تسوغ له دفع الزيادة التي اشترطت عليه ؛ واذا اخذت قهراً عنه فلا تحل للآخذ ، بل تكون اكلا للمال بالباطل .

ثانياً : لا تلازم بين تحليل الميتة للمضطر ، وبين تحليل اموال الغير .. اجل ، قال الفقهاء : اذا انحصر حفظ الحياة بأكل مال الغير جاز ان يأكل منه بمقدار ما يرفع الضرر ، على شريطة ان يضمن الآكل بدل المال من المثل والقيمة ، ويسدد عند الامكان ، وبديهة ان هذا شيء ، وتحليل الربا شيء آخر . وبكلمة ان الاضطرار ليس سبباً من اسباب الملك ، ولا لصحة المعاملة ، بل يرتفع التحريم والعقاب فقط ، ولا تلازم بين الحكم التكليفي وهو التحليل ، وبين الحكم الوضعي ، اي الفساد ، فقد تكون المعاملة محرمة ، وغير فاسدة ، كالبيع وقت النداء ، وقد تكون فاسدة ، وغير محرمة ، كبيع الصغير والسفيه .

وبهذا يتضح ان الربا لا يحل اكله بشتى صوره واشكاله ، اما الاضطرار وخوف الهلاك فانه يرفع الاثم فقط ، ولا يكون سبباً للتمليك وصحة المعاملة .

فساد المعاملة الربوية :

هل فساد الربا موجب لفساد المعاملة من الاساس ، او يختص الفساد بالزيادة فقط ، اما المعاملة فصحيحة ، وبكلمة : هل الربا فاسد ومفسد للعقد ، او فاسد غير مفسد – مثلاً – اذا اقرضه عشرة دراهم بشرط ان يردها اثني عشر ، او باعه مداً من الحنطة بواحد ونصف فالزيادة محرمة وفاسدة بلا ريب ، ولكن هل تفسد المعاملة ايضاً ؟. فلا يصح للمستقرض ان يتصرف برأس المال ، وهو الـ ١٠ دراهم ، ولا للمشتري بمد الحنطة ، او ان المعاملة تكون صحيحة ويجوز للمستقرض ان يتصرف بالمال ، وللمشتري بالمبيع ؟

والجواب : ان كل ما فيه شائبة الربا فهو فاسد ومفسد ، حتى ولو قلنا : ان الشرط الفاسد – غير الربا – لا يفسد ، لان الادلة التي دلت على تحريم الربا صريحة بان كل معاملة تتصل بالربا من قريب او بعيد فهي باطلة ، تماماً كبيع الحصاة . (مر تفسيره في فصل شروط العوضين فقرة النهي عن المعاملة) .

وعلى هذا ، فمن اشترى جنساً بجنس مع الزيادة ، او اقترض كذلك يجب ان يرد المال الذي اقترض ، والمبيع الذي قبض ، ويحرم عليه التصرف فيه ، مع العلم بالربا وفساد المعاملة ، وان ابقاه في يده جرى عليه حكم المقبوض بالعقد الفاسد .

وتقول : اذا باع شاة وخنزيراً في صفقة واحدة يصح البيع بالنسبة الى الشاة بما يقابلها من الثمن ، ويفسد بالنسبة الى الخنزير كذلك باجماع الفقهاء ، فليكن الحال هنا كذلك ، تبطل الزيادة ، وتكون المعاملة صحيحة بالقياس الى رأس المال ؟

ونجيب بان بيع الشاة مع ما يقابلها من الثمن مقصود منذ البداية ، ولو مع الخنزير ، اما البيع والدين من غير زيادة فغير مقصود اطلاقاً

فاذا قلنا بصحة المعاملة في رأس المال يلزم ان يكون الذي وقع لم يقصد ، والذي قصد لم يقع .

الزيادة المقبوضة :

اوضحنا في الفقرة السابقة ان العين بيد المستقرض في ربا القرض ، وبيد المشتري في ربا البيع هي بحكم المقبوض بالعقد الفاسد ، ونتكلم الآن عن حكم الزيادة التي قبضها المقرض من المستقرض ، والبائع من المشتري : هل يجب عليه ان يردها على مالكها ان كانت قائمة ، وان يرد بدلها من المثل او القيمة ان كانت تالفة ، او لا يجب عليه شيء من ذلك ؟

وحيث ان الزيادة التي قبضها المرابي باقية على ملك مالكها الاول ، لفساد المعاملة من رأس ، وهي في يده بحكم المقبوض بالعقد الفاسد فيجب عليه ردها ، سواء أعلم بأن الربا محرم ، او لم يعلم ، وسواء أكانت الزيادة ربا القرض ، او ربا البيع ، لقوله تعالى : « فان تبتم فلكم رءوس اموالكم » الذي يعم الجاهل والعالم ، اجل ، اذا كان قد قبض الربا جاهلاً به او بتحريمه يرتفع عنه الاثم والعقاب ، اما الضمان ووجوب الرد فلا ، لان الحكم الوضعي يثبت مع الجهل كما يثبت مع العلم ، قال صاحب الجواهر : « المعروف بين المتأخرين ان الجاهل بالربا كالعالم به في وجوب الرد من غير فرق بين تلف العين او بقائها ، لاطلاق ما دل على تحريم الربا ، لعدم انتقاله عن المالك ، والعذر في الحكم التكليفي لا ينافي الفساد الذي هو الحكم الوضعي » .

وقال جماعة من الفقهاء : يجب رد الربا اذا كان القابض قد قبضه عن علم به وبحكمه ، اما الجاهل فلا يجب عليه شيء ، لقوله تعالى : « فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف » . والمراد بمجيء الموعظة العلم بعد الجهل .

واجاب صاحب الجواهر بان المراد بالآية الكريمة العفو عما سلف في حال الجاهلية ، وقبل نزول الآية ، كما هو الشأن في قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء الا ما قد سلف » كما ان الآية تشمل المرابي الذي قد اسلم الآن ، فان كان قد قبض الربا قبل اسلامه فلا يجب عليه رده بعد الاسلام ، وان لم يكن قد قبضه فلا يحل له اخذه ، قال الرسول الاعظم (ص) : من اسلم على شيء فهو له .

ونقول : لقد روى الرواة عن الامام الصادق (ع) انه سئل عن رجل أربا بجهالة ، ثم اراد ان يتركه ؟ فقال ؟ اما ما مضى فله ، وليتركه فيما يستقبل .

واجاب صاحب الجواهر عن هذه الرواية ، وما اليها بان مراد الامام (ع) ان الجاهل معذور في اكل الربا من حيث العقاب والاثم ، لا من حيث الضمان ، ووجوب الرد ، ثم قال : « ان التفصيل بين الجاهل والعالم يلزم منه امور عظيمة من تحليل مال الغير ، وان صاحب المال لا يجوز له اخذه ، وغير ذلك مما يصعب الالتزام به » .

ونحن مع صاحب الجواهر ، من عدم الفرق بين الجاهل والعالم ، لانه المشهور بين الفقهاء المتأخرين ، ويتفق مع الاصول والقواعد القاضية بان من اتلف مال غيره فهو له ضامن ، وكيف يمكن الجمع بين بقاء الربا على ملك مالكه الاول ، وبين جواز اكله للجاهل ، وضمانه له ؟

ثم ان المرابي ان وجد من قبض منه الربا رده اليه بالذات ، وان وجده ميتاً رده الى الورثة ، فان لم يعلم له وارثاً تصدق به عنه .

معنى الربا :

الربا معناه الزيادة والاضافة ، يقال : ربا الشيء يربو اذا زاد ، ومنه قوله تعالى : « وما اوتيتم من ربا ليربو في اموال الناس فلا يربو

عند الله » .. وما من شك ان الزيادة من حيث هي ليست حراماً ، والا انسد باب الربح والتجـارة ، اذن ، لا بد من نص شرعي يبين ويفسر ما اجمل الله في كتابه من ذكر الربا ، وبتعبير ثان ان للشارع حقيقة شرعية ، واصطلاحاً خاصاً في معنى الربا ، وقد دلتّ الاحاديث النبوية ، والروايات عن اهل بيت الرسول الاعظم (ص) ان الربا يثبت في موردين : الاول في القرض مطلقاً ، من غير شرط سوى شرط الزيادة والمنفعة من ورائه ، الثاني في غيره من المعاملات .

ربا القرض :

ربا القرض ان يقرض الانسان شيئاً ، اي شيء كان ، ويشترط على المستقرض المنفعة من وراء القرض ، سواء أكانت المنفعة من جنس المال ، كمن اقرض عشرة دراهم بشرط ان يردها احد عشر ، او من غير جنسه ، كما لو اشترط ان يعمل المستقرض له عملاً او يعيره شيئاً ، قال النبي (ص) : « كل قرض جر نفعاً فهو حرام » . وسئل الامام الصادق (ع) عن رجل اعطى رجلاً مئة درهم على ان يزيده خمسة دراهم ، او اقل ، او اكثر ؟ فقال الامام : هذا هو الربا المحض .

ولو تبرع المستقرض بالزيادة من تلقائه ، ومن غير شرط كان له ذلك ، فقد سئل الامام عنه ؟ فقال لا بأس ما لم يشترط .. الربا يأتي من قبل الشرط ، وانما تفسده الشروط .. ان النبي (ص) اقترض بكرا ، فرده بازلاً رباعياً ، ان خير الناس احسنهم قضاء .

ولاجل هذا النص ، وكثير غيره اتفق الفقهاء كلمة واحدة على ان الربا يثبت في الدين بشرط الزيادة والمنفعة اطلاقاً ، سواء أكانت العين من نوع المكيل او الموزون او المعدود او المذروع ، وسواء أكانت المنفعة من نوع المال ، او من غيره . وبكلمة ان ربا القرض لا فرق فيه

بين عين وعين ، ولا بين منفعة ومنفعة ، فاذا قال الفقيه : هذا الشيء من الاعيان الربوية ، دون ذاك ، او قال : يحرم التفاضل بين مكيلين او موزونين ، ولا يحرم بين معدودين ومذروعين فانما يريد تحديد ربا غير القرض ، لان ربا القرض حده الزيادة فقط ، اية زيادة تكون على اية عين من الاعيان .

ربا غير الدين :

اتفق الفقهاء على ان الربا يثبت ايضاً في البيع بالشرطين الآتيين ، واختلفوا في غير البيع ، وذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر ، والسيد اليزدي في الملحقات الى ان الربا يثبت في الصلح ، وفي كل معاوضة يمكن التفاضل فيها بين العوضين ، واستدلوا على ذلك بالادلة الدالة على تحريم الربا بوجه عام الشامل لكل زيادة ، وايضاً استدلوا بنصوص خاصة دلت على اشتراط المماثلة ، وعدم الزيادة ، مع اتحاد الجنس ، منها قول الامام (ع) : الفضة مثلاً بمثل ، وليس فيها زيادة ولا نقصان ، والمستزيد في النار ، وهو شامل للبيع وغير البيع ، ومنها ان الامام سئل عن الرجل يدفع الى الطحان الطعام ، فيقاطعه على ان يعطي صاحبه لكل عشرة ارطال اثني عشر رطلاً دقيقاً ؟ قال : لا . والمقاطعة غير البيع ، فدل على ان الربا يثبت في غير البيع من المعاوضات ، تماماً كما يثبت بالبيع .. ويشترط لثبوته في غير الدين شرطان : الاول ان يكون العوضان من جنس واحد ، الثاني ان يكونا مما يكال او يوزن . وفيما يلي البيان :

اتحاد الجنس :

١ ـ هـذا هو الشرط الاول ، وضابطه ان يصدق على كل من

العوضين اسم الحقيقة النوعية التي توجد فيها بجميع مقوماتها ، كبيع الحنطة بالحنطة ، او بيع الحنطة بالدقيق ، لان الثاني متفرع عن الاول ، او بيع النشا بالدقيق ، لان الاثنين متفرعان عن اصل واحد ، وهو الحنطة ، والدليل على هذا الشرط قول الرسول الاعظم (ص) : « اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » . وقول الامام الصادق (ع) : كل شيء يكال او يوزن فلا يصلح مثلين بمثل اذا كانا من جنس واحد » .

وبهذا الشرط يخرج العوضان اللذان يصدق عليهما اسم واحد ، ولكن حقيقة كل منهما غير حقيقة الآخر ، كالارز بالزيت ، حيث يصدق عليهما معاً اسم الطعام ، فالمعيار انما هو الاتحاد في الحقيقة النوعية ، لا مجرد الاتحاد والاشتراك بالاسم .

واجمع الفقهـــاء الا من شذ على ان الحنطة والشعير جنس واحد ، لا يجوز التفاضل بينهما ، لقول الامام : « الحنطة والشعير رأساً برأس ، لا يزداد واحد منهما على الآخر .. ان اصل الشعير من الحنطة » . وايضاً اجمعوا على ان الغنم والمعز جنس واحد .

ونتيجة هذا الشرط ان غير المتجانسين ، كالتمر والحنطة فيجوز بيع احدهما بالآخر ، مع التساوي والتفاوت نقداً ونسيئة على المشهور بين الفقهاء بشهادة صاحب الجواهر ، وصاحب مفتاح الكرامة .

الكيل والوزن :

٢ – الشرط الثاني ان يكون العوضان مما يكال او يوزن ، فلا ربا فيما يباع عداً كالبيض ، ولا مشاهدة كالثوب والحيوان ، فيجوز بيع بيضة ببيضتين ، وثوب بثوبين نقداً ونسيئة على المشهور بشهادة صاحب ملحقات العروة الوثقى ، قال الامام الصادق (ع) : لا يكون الربا الا فيما يكال او يوزن .. وقال : لا بأس الثوب بثوبين ، والبيضة

ببيضتين ، والفرس بفرسين ، ثم قال : كل شيء يكال او يوزن فلا يصلح مثلين بمثل اذا كان من جنس واحد ، فاذا كان لا يكال ولا يوزن فليس به بأس اثنان بواحد .

وقال الفقهاء في تحديد المكيل والموزون : ان ما علم انه كان مكيلاً او موزوناً في عهد رسول الله (ص) يحرم التفاضل بينهما ، حتى لو ترك الناس الكيل والوزن فيه ، وكل ما علم انه كان غير مكيل او موزون في عهده جاز فيه التفاضل ، حتى ولو صار مكيلاً او موزوناً عند الناس بعده ، وان جهل الحال ينظر : فان اتفقت البلدان بكاملها على كيله او وزنه فهو من الاعيان الربوية ، وان اختلفت بحيث يكون الشيء الواحد موزوناً في بلد ، ومعدوداً في بلد فلكل بلد حكم نفسه على ما هو المشهور بين الفقهاء بشهادة صاحب الجواهر ، لان الموضوعات يحكّم فيها عرف الناس وعاداتهم .

وتقول : لقد قرر العلماء ان الالفاظ تحمل على العرف العام ، حتى ولو كان المخاطب بها من اهل العرف الخاص ، لان العرف الخاص متعدد ومتفاوت فيتعذر ضبطه ، وعليه فلا يجوز ان يكون لكل بلد حكم نفسه .

والجواب : ان الاختلاف هنا في المصاديق والافراد ، اما المفهوم الكلي المراد من اللفظ فواحد عند الجميع ، فان معنى المكيل هو الذي يكال بوعاء مقدر ، والموزون ما يوزن بعيار كذلك ، وهذا لا تبدل فيه في كل عصر ومصر ، والاختلاف انما هو بالافراد كما قلنا ، وبديهة ان الاحكام الشرعية بالكليات التي يمكن ضبطها وتحديدها ، لا بالجزئيات التي تختلف بحسب البلدان والزمان .

فتحصل مما قدمنا ان الاعيان الربوية هي كل ما كان من نوع المكيل والموزون حباً كان ، او معدناً ، او دهناً ، او طيباً ، او فاكهة ، او نباتاً ، او غير ذلك ، فان كان العوضان من غير المكيل والموزون جاز

بيع احدهما بالآخر متفاضلاً ومتساوياً ، حتى ولو كانا من جنس واحد كثوب بثوبين نقداً ونسيئة ، اما في القرض فلا تجوز الزيادة اطلاقاً .

وان كان احدهما يكال او يوزن دون الآخر جاز البيع اطلاقاً مهما كان التفاوت نقداً ، ونسيئة ، كبيع الثوب بالحنطة .

وان كان كل منها يكال او يوزن الا ان احدهما من غير جنس الآخر ، كالارز والسكر جاز البيع متساوياً ومتفاضلاً نقداً ، ونسيئة .

وان كانا من جنس واحد فلا يجوز التفاضل بينهما لا نقداً ولا نسيئة ، كالسكر بالسكر ، والارز بالارز ، ويجوز بالتساوي نقداً ، لا نسيئة بالاجماع ، لان للزمان قسطاً من الثمن ، كما قال اكثر من واحد .

لا ربا بين الوالد والولد :

المشهور بين الفقهاء انه لا ربا بين الوالد وولده ، ولا بين الزوج وزوجته ، فيجوز لكل منهما ان يأخذ الفضل والزيادة من الآخر .. وايضاً لا ربا بين المسلم وبين الحربي ، على ان يأخذ المسلم الفضل دون العكس ، اي ان المسلم يأخذ الربا من الحربي ، ولا يعطيه ، فقد روي عن الامام ابي جعفر الصادق (ع) انه قال : ليس بين الرجل وولده ، ولا بينه وبين عبده ، ولا بينه وبين اهله — اي زوجته — ربا .. وقال : قال رسول الله (ص) : ليس بيننا وبين اهل حربنا ربا ، نأخذ منهم الف درهم بدرهم ، ولا نعطيهم [1] .

والمشهور ايضاً بين الفقهاء بشهادة صاحب الجواهر انه لا يجوز اخذ الربا من الذمي ، وأن حكمه في ذلك حكم المسلم ، اما ما جاء عن اهل البيت (ع) من اخذ الربا منه فشاذ متروك .. وقال صاحب مفتاح

---

٢ — عمل ابو حنيفة بهذا الحديث ، فاباح للمسلم ان يأخذ الربا من الحربي . فتح القدير ج ٥ ص ٣٠٠ .

الكرامة في مجلد المتاجر ص ٣٣٢ ما نصه بالحرف : « ان اهل الكتاب في زماننا حربيون ، لكنهم لا يغتالون ، لشبهة الامان ، فلا اشكال في جواز اخذ الربا منهم » .

وقال جماعة من الفقهاء : ان الحكم بعدم الربا بين الأب والابن لا يتعدى الى الام جموداً على حرفية النص ، واقتصاراً لما خالف الاصل على موضع اليقين ، كما ان الأب — هنا — لا يشمل الأب الرضاعي ، للعلة نفسها .

ونحن على علم اليقين بأن نفي الربا بين الأب والابن لا علة له الا الابوة ، وهي بين الابن والام اقوى منها بين الأب وابنه ، وبديهة ان العلم بعلة الحكم تماماً كالعلة المنصوصة واقوى ، وعليه يتعدى الحكم الى الام .. اجل ، الأب الرضاعي غير الأب النسبي .

بيع الثمار والخضار والزرع

بيع الثمار :

هل يجوز بيع ثمار الشجر وحدها دون الاصل ؟.. فيه تفصيل :

١ – ان يبيع الثمر قبل ان يظهر ، ويبرز الى الوجود ، ولا ريب في بطلان هذا البيع اطلاقاً ، مع الضميمة ودونها سنة واحدة ، او اكثر ، لأن التعاقد على المعدوم لا يصح ، حتى ولو وجد فيا بعد ، وما خالف ذلك من النص فهو شاذ متروك عند الفقهاء .

ويظهر من صاحب الجواهر ان بيع المعدوم باطل ، من حيث هو بصرف النظر عن الغرر والجهالة ، قال ما نصه بالحرف : « يبطل للاجماع ، وللانعدام فضلاً عن الغرر والجهالة » .. ثم قال بعد اسطر : « لا يجوز البيع لقاعدتي المعدوم والغرر » .

ويلاحظ بأن سبب البطلان هو الغرر ، لا العدم ، اذ لا مانع من بيع المعدوم – لولا الغرر – اذا كان التسليم ممكناً عند الاستحقاق .. ومهما يكن ، فان العبرة بالنتيجة لا بالمقدمات ، وهي واحدة على كلا التقدير ، اعني عدم جواز بيع الثمر قبل وجوده .

٢ – بيع الثمار عند بروزها في مرحلتها الأولى ، وقبل بدو صلاحها، وقد ذهب المشهور الى البطلان للجهالة والغرر ، ولقول الامام (ع) : « لا تباع الثمرة ، حتى يبدو صلاحها » .

وقيل : يجوز بيعها مع الضميمة عاماً واحداً . وقال ثالث : يجوز البيع منفردة بشرط السلامة .

٣ – بيعها بعد بدو صلاحها ، وقبل نضوجها ، وقد اجمع الفقهاء بشهادة صاحب الجواهر على جواز بيعها عاماً واحداً ، او اكثر منفردة ومنضمة ، فقد جاء الحديث عن الرسول الاعظم (ص) : لا تبتاعوا الثمرة ، حتى يبدو صلاحها . وسئل الامام الصادق (ع) عن النخل والثمر يبتاعها الرجل قبل ان تثمر ؟. قال : لا ، حتى تثمر ، وتأمن ثمرتها من الآفة ، فاذا اثمرت فابتعها اربعة اعوام مع ذلك العام ، او اكثر او أقل .. وقال : اذا كانت فاكهة في موضع واحد فاطعم بعضها فقد حل بيع الفاكهة كلها ، واذا كان نوعاً واحداً – أي لم يطعم بعضها – فلا يحل بيعه ، حتى يطعم ، فان كان انواعاً متفرقة فلا يباع منها شيء ،حتى يطعم كل منها وحده ، ثم تباع تلك الانواع .

ويجوز بيع الثمر مع اصولها قبل بدو الصلاح وبعده .. والمراد ببدو الصلاح ان تبلغ الثمرة مبلغاً يؤمن عليها من الآفة ، كثمر النخل يصفر او يحمر ، والحب ينعقد ، وما الى ذلك مما يعرفه اهل الخبرة والاختصاص.

بيع الخضار :

يجوز بيع اصول الخضار والبقول مطلقاً ، كاصل الباذنجان والطماطم والخيار والباقلاء – اي الفول – يجوز بيعها بالذات قبل ان يظهر ثمرها، لأنها من الاعيان التي لها مالية في نظر العرف ، فتكون ، والحال هذه ،

لها قابلية التملك والتمليك ، اما بيع ثمرها من غير اصولها، كبيع لقطة منها ، او اكثر فلا يجوز الا بعد الظهور والانعقاد ، فاذا ظهر جاز البيع لقطة او لقطتين او ثلاثاً اجماعاً بشهادة صاحب الجـواهر ، حيث لا جهالة ولا غرر بعد الظهور والانعقاد . وسئل الامـام (ع) عن ورق الشجر : هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات ، او اربعاً ؟ . قال : اذا رأيت الورق في شجرة فاشتر منه ما شئت من خرطات .

وقال الفقهاء : ان ظهور اللقطة الاولى بمنزلة الضميمة الى الثانية ، ومن هنا صح البيع ، والذي نراه ان سبب الصحة ليس انضمام الموجود الى المعدوم ، بل لأن ما ظهر من الاولى يدل على ما لم سيظهـر من الثانية – في الغالب – والمرجع في معرفة اللقطة الى العرف ، فما دل على صلاحيته للقطع يقطع ، وما دل على عدمه لصغره فلا يقطع .

واستثنى الفقهاء من ذلك الخضار المستورة في الارض ، كالبطاطس والثوم والجزر ، وقالوا : لا يجوز بيعها ، ولا الصلح عليهـا ، ولا يحكّم العرف فيها ، وان كانت موجودة ، لأنها غير مرئية ولا موصوفة، فيبطل بيعها للجهالة والغرر .

ويلاحظ بأن التعليل بالجهالة والغرر معناه ان الاستتار في الارض من حيث هو لا يوجب البطلان ، وانما الموجب هو نفس الجهالة ، وهذا اعتراف صريح بأن الجهالة اذا ارتفعت صح البيع ، وان كـان المبيع مستوراً ، وما من شك ان التعرف على الخضار المستورة في الارض غير محال ، فاذا امكنت معرفتها بطريق من الطريق صح بيعها .

بيع الزرع :

لا يجوز بيع ناتج الزرع قبل انعقاده ، بحيث يكون الزرع للبائع ، وناتجه للمشتري ، لأن الناتج ، والحال هذه ، معدوم ، وبيعه يستلزم

الغرر ، كما تقدم ، اجل ، يجوز بيع الزرع نفسه مطلقاً ، سواء انعقد الحب ، او لم ينعقد ، لأنه من الاعيان المملوكة ، ولقول الامام الصادق (ع) : لا بأس بأن تشتري زرعاً اخضر ، ثم تتركه ، حتى تحصده ان شئت ، او تعلفه قبل ان يسنبل ، وهو حشيش .

المزابنة والمحاقلة :

المراد بالمزابنة – هنا – ان تبيع ثمر النخل ، وهو على اصله بمقدار معلوم من التمر ، اما المحاقلة فهي بيع السنبل بمقدار معين من حبه .

واجمع الفقهاء على عدم جواز بيع ثمار النخل بتمر منها ، لقول الامام الصادق (ع) : نهى رسول الله (ص) عن بيع المزابنة والمحاقلة ، ولانه يستلزم اتحاد الثمن والمثمن ، واختلفوا في بيعها بتمر من غيرها ، والمشهور المنع وعدم الجواز ، لانه لا يؤمن ان يؤدي الى الربا ، إذ المفروض ان بيع الجنس بجنسه ، مع التفاضل ربا محرم اذا كان من المكيل او الموزون ، كما تقدم في الفصل السابق .

اما الفواكه الأخر غير التمر اذا كانت موزونة فحكمها عند المشهور حكم التمر ، لا يجوز بيعها بمقدار منها ، ولا من غيرها اذا كان من جنسها ، كبيع العنب بالعنب ، والتفاح بالتفاح ، ويجوز بغير جنسها .

واتفقوا على ان بيع السنبل بحب منه لا يجوز ، واختلفوا في بيعه بحب من غيره ، ولكنه من جنسه ، كبيع سنبل الحنطة بحنطة اخرى ، وذهب المشهور الى عدم الجواز .

ويصح بيع الزرع قبل ان يصير سنبلا ، يصح بيعه بحب من جنس ما يؤول اليه ، او من جنس آخر ، لانه حشيش غير مطعوم ، ولا مكيل ولا موزون ، فلا يتحقق الربا .

وخير الوسائل لمن اراد ان يبيع الثمرة على اصلها بمقدار من جنسها، او يبيع السنبل كذلك ، خير الوسائل ان يبيعها بثمن معين نقداً ، ثم يشتري من المبتاع مقداراً معيناً من الثمرة ، او الحب بالثمن الذي باعه فيه ، ويعين وقت التسليم ، فيدخل في باب السلم .

العرية :

العرية هي النخلة الواحدة يملكها الرجل في دار رجل آخر ، او ارضه ، وقد استثنى الفقهاء من عدم جواز بيع ثمر النخل بالتمر ، استثنوا العرية ، وقالوا : يجوز ان يشتري ثمرها بمقدار معين من التمر يدفعه حالا ، ولا يجوز تأجيله ، ولا يشترط القبض في المجلس ، بل التعجيل بأية صورة تكون ، كما جاء في الحدائق والجواهر ، قال الامام الصادق (ع) : رخص رسول الله (ص) ان تشتري العرايا بخرصها تمراً [١] .

وهذا الحكم يختص بالنخلة الواحدة فقط ، ولا يتعدى الى النخلتين فأكثر ، ولا الى شجرة من غير النخل، اقتصاراً فيما خالف الاصل على موضع اليقين من حرفية النص .

مسائل :

١ - اذا اشترى الثمرة على الشجرة ، او اشترى الزرع ، ولم يحدد المتعاقدان وقتاً للقطف او الحصاد حين التعاقد وجب ان يبقى كل

١ - من معاني الخرص التقدير ، يقال خرص النخلة اذا قدر ما عليها من الثمر .

شيء الى أوانه ، فلا يتعجل البائع على المشتري ، ولا يؤجل هذا عن الأوان ، والمرجع في ذلك العرف وحده .

٢ – يجوز للبائع ان يستثني ثمرة شجرة بعينها او اكثر اجماعاً ونصاً، ومنه ان الامام (ع) سئل عن رجل يبيع الثمر ، ويستثني كيلاً ، او تمراً ؟ . قال : لا بأس به .

٣ – اذا قبض المشتري الثمرة ، اي ان البائع خلى بينه وبينها ، ثم تلفت كان التلف من مال المشتري لا من مال البـائع ، قال صاحب الجواهر : « هذا هو الأشبه بالاصول والقواعد ، لخروجه عن الضمان بالقبض ، فلا انفساخ ولا فسخ » .

واذا كان الهلاك قبل القبض فهو من مال البائع ، لقاعدة : « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » .

واذا هلك البعض دون البعض انفسخ العقد بالنسبة الى الهالك بحصته من الثمن ، وصح بالنسبة الى الباقي السليم بحصته من الثمن ايضـاً ، وللمشتّري حق الخيار في الفسخ ، لتبعيض الصفقة ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف فيه عندنا » .

واذا أتلف الثمار والزرع اجنبي قبل القبض فالمشتري بالخيار بين الفسخ، وبين مطالبة المتلف بالبدل من المثل او القيمة .

٤ – يجوز ان يبيع ما اشتراه من الثمار والخضار والزرع قبل القبض وبعده بزيادة او نقيصة ، لأنه مالك ، وسئل الامـام (ع) عن رجل اشترى الثمرة ، ثم باعها قبل القبض ؟ . قال : لا بـأس به .. اذا وجد ربحاً فليبع .

٥ – اذا مر الانسان صدفة ومن غير قصد بشجرة الفاكهـة ، او الخضار جاز له ان يأكل منها قدر حاجته ، على شريطة ان لا يحمل

منها شيئاً ، وان لا يعلم او يظن بعدم رضـا المالك .. قال صاحب الجواهر : « هذا ما رواه اصحابنا ، واجمعوا عليه ، لأن الاخبار بذلك متواترة ، والاجماع منعقد ، ولا عبرة بخبر او قول شاذ متروك .. قال الامام الصادق (ع): «لا بأس بالرجل يمر بالثمرة ، ويأكل منها ، ولا يفسد ، ولا يحمل شيئاً. فقد نهى رسول الله (ص) ان تُبنى الحيطان في المدينة ، لمكان المارة » .

الاقالة

معناها :

المراد بالاقالة – هنا – اتفاق المتعاقدين على نقض العقد وفسخه بعد ابرامه ، وترد الاقالة كل شيء الى ما كان قبل العقد ، ويتضح بهذا انها ليست بيعاً ، وان لا اثر رجعي لها الا باتفاق المتعاقدين ، كما انها لا تختص بالبيع ، بل تشمل جميع العقود ، ما عدا الزواج والوقف ، وتصح قبل القبض وبعده ، وبكل ما يدل عليها من قول او فعل.

وايضاً تصح في جميع المعقود عليه ، وفي بعضه دون بعض ، قال صاحب الجواهر : « لاطلاق الأدلة معتضداً بعدم الخلاف » .

النص :

جاء في الحديث الشريف ان رسول الله (ص) لم يأذن لحكيم بن حزام في تجارته ، حتى ضمن له اقالة النادم ، وانظار المعسر ، واخذ الحق وافياً وغير وافٍ .

وقال الامام الصادق (ع) : ايما رجل أقال مسلماً في بيع اقال الله عثرته يوم القيامة . الى غير ذلك من النصوص الكثيرة .

الشرط :

يشترط في الاقالة ان تكون بنفس الثمن المسمى ، دون زيـادة او نقصان ، والا بطلت اجماعاً ونصاً ، ومنه ان الامام الصادق (ع) سئل عن رجل اشترى ثوباً ، ولم يشترط على صاحبه شيئا ، فكرهه ، ثم رده على صاحبه ، فأبى ان يقبله الا بوضيعة ؟ . قال : « لا يصلح ان يأخذه بوضيعة ، فان جهل فأخذه وباعه بأكثر من ثمنـه رد على صاحبه الاول » . اي يرد الثوب ، لأنه بـاق على ملك المشتري .. ومثل هذا كثيراً ما يقع ، ولكن قل من ينتبه اليه .

ولا يشترط في الاقالة اتحاد المجلس ، ولا بقاء العين قـائمة حين الاقالة ، فان كانت موجودة أخذها صاحبها ، والا اخذ البدل من المثل والقيمة ، وهذا الحكم يقتضيه الفسخ بطبعه ، حيث يعود كل شيء الى ما كان ، وعلى صاحب اليد ان يرد مال الغير ما دام قائماً ، فان هلك فعليه ان يرد البدل .

ولو اختلف المتقايلان في مقدار الثمن فالقول قول البائع بيمينه ، لأن الثمن كالدين في ذمته ، او امانة في يده ، فيقبل قوله في قدره ، لأصل عدم الزيادة . ولو اختلفا في قيمة التالف أخذ بقول من ينكر الزيـادة .

من المصادر

كتاب المتاجر المعروف بالمكاسب للشيخ مرتضى الانصاري (ت ١٢٨١ هـ) وهو أهم مصادر هذا الجزء ، انظر المقدمة .

حاشية السيد كاظم اليزدي على مكاسب الشيخ الانصاري ، وهذا السيد هو صاحب العروة الوثقى (ت ١٣٣٧ هـ) .

وايضاً حاشية على مكاسب الشيخ الانصاري للمرزا الشيخ محمد حسين النائيني (ت ١٣٥٥ هـ) . وتعرف هذه الحاشية بتقريرات الخونساري تلميذ الشيخ النائيني .

وايضاً حاشية على مكاسب الشيخ الانصاري للشيخ محمد حسين الاصفهاني (ت ١٣٦١ هـ) .

وايضاً تعليق على مكاسب الشيخ الانصاري للسيد محسن الحكيم صاحب المستمسك .

وكتاب جواهر الكلام مجلد المتاجر للشيخ محمد حسن النجفي (ت ١٢٦٦ هـ) .

والجزء الخامس من كتاب الحدائق للشيخ يوسف البحراني (ت ١١٨٦ هـ).

ومجلد المتاجر من كتـــاب مفتاح الكرامة للسيد جواد العـــاملي (ت ١٢٢٦ هـ) .

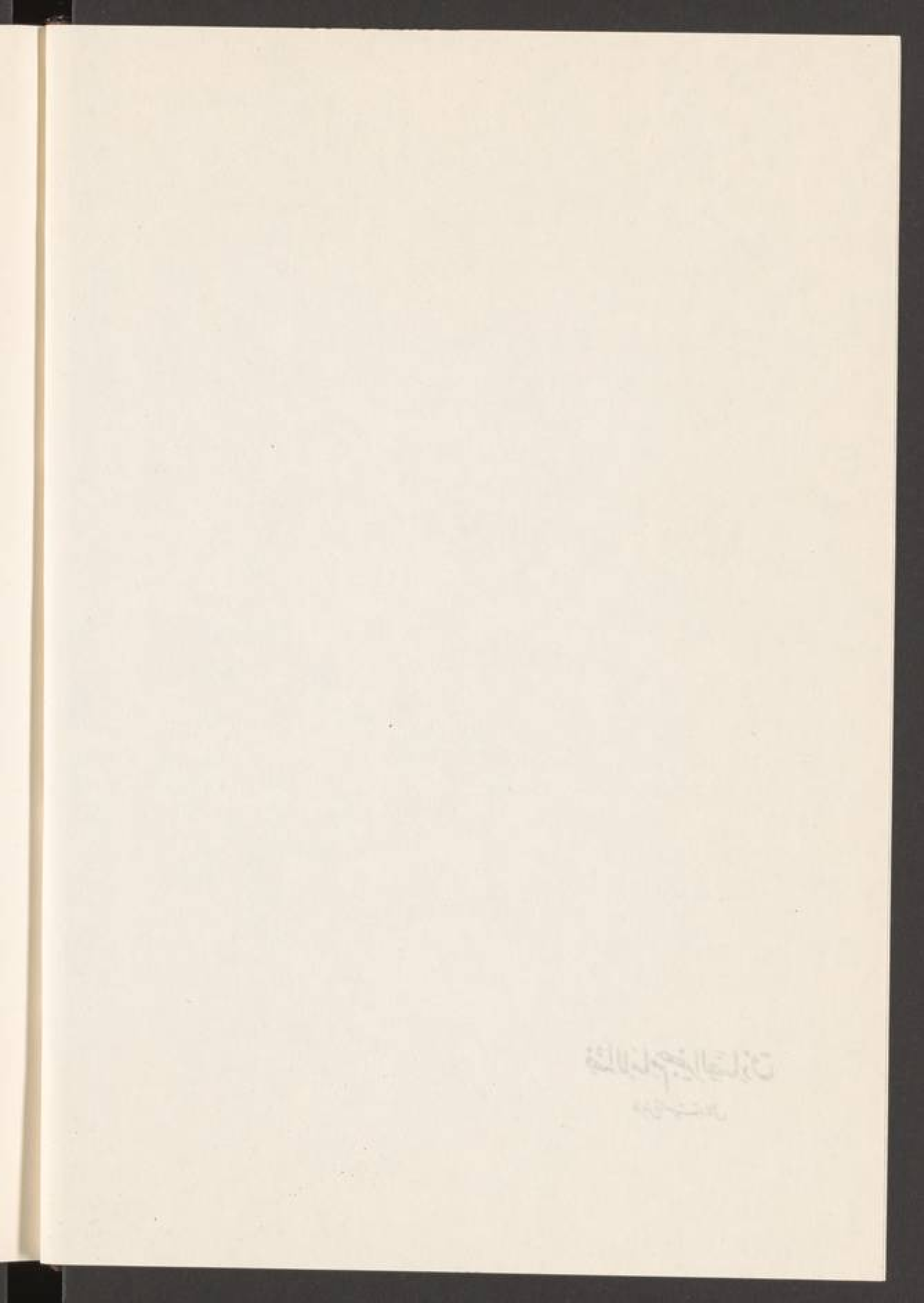
والجزء الثاني من كتاب المسالك للشيخ زين الدين العاملي المعروف بالشهيد الثاني (ت ٩٦٦ هـ) .

وبلغة الفقيه للسيد محمد بحر العلوم (١٣٢٦ هـ) .

الفهرست

فقه الامام جعفر الصادق

عرض واستدلال



محمد جواد مغنية

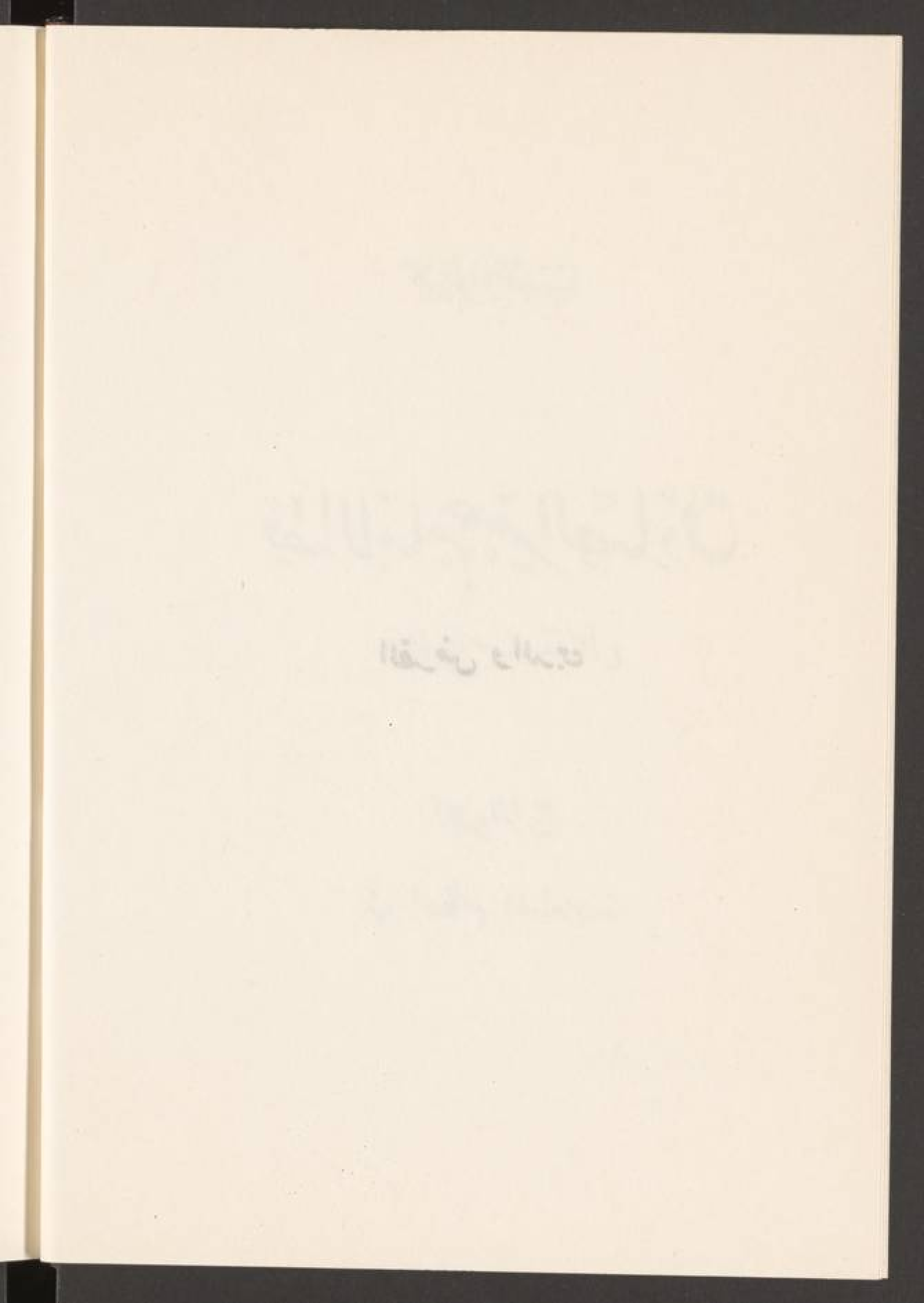
فقه الإمام جعفر الصادق

عرض واستدلال

الجزء الرابع

في احكام المعاملات

القرض والدين



بين القرض والدين :

يشترك الدَّين مع القرض في أن كلاً منهما يتوقف الانتفاع به على استهلاكه ، وانه حق ثابت في الذمة ، ويفترق القرض عن الدين في ان العين المقترضة تسدد بمثلها في الجنس والصفات ، فإذا استقرضت نقداً ثبت في ذمتك للمقرض نقد مثله ، وكذلك اذا استقرضت طعاماً أو شراباً ، وما اليه ، وعلى هذا ينحصر القرض في المثليات دون القيميات .

أما الدين فيثبت في الذمة بسبب من الأسباب الموجبة له ، كالقرض والبيع والايجار والزواج والخلع والجناية والنفقة والحوالة ، وما إلى ذاك ، وعلى هذا يكون الدين أعم من القرض ، ويقضى بمثله ان كان مثلياً ، وبقيمته ان كان قيمياً .

والدائن هو صاحب الدين ، والمدين والمديون بمعنى واحد ، والغريم يشمل الدائن والمدين ، ولا يتعين إلا بالقرينة .

كراهية الدين :

قال الامام الصادق (ع) : لا يستقرض الانسان على ظهره إلا وعنده وفاء ، ولو طاف على أبواب الناس فردوه باللقمة واللقمتين ، والتمرة والتمرتين الا ان يكون له ولي يقضي دينه من بعده .

وحمل الفقهاء هـذه الرواية على كراهية الدين الا مع الحاجة ، أو يكون له مال يرجع اليه عند الوفاء والسداد ، أو ولي يفي عنه .. وإذا لم يكن شيء من ذلك فالأفضل ان يتقبل الصدقة ، بل يتصدى لها، ولا يتعرض للدين خوفاً على حقوق الناس من الضياع .

وقال بعض الفقهاء : يحرم الاقتراض ، مع العجز عن الوفاء. ورد صاحب الجواهر هذا القول بأنه مخالف لظاهر النصوص ، وفتاوى الفقهاء الذين أجازوا الدين ، حتى ولو لم يكن للمستقرض مقـابل ، وقدرة على الوفاء .

نية القضاء :

قال الإمام الصادق (ع) : من استدان ديناً ، فلم ينوِ قضاءه كان بمنزلة السارق .. ومن كان عليه دين ينوي قضاءه كان معه من الله حافظان يعينانه على أداء أمانته ، فإن قصرت نيته عن الأداء قصرت عنه المعونة بقدر ما قصر من نيته .

وبهذا أفتى الفقهاء ، وقالوا: لما كان الوفاء واجباً كان العزم عليه كذلك .

ثواب الدائن :

قال الإمـام الصادق (ع) : لأن أقرض قرضاً أحب إليّ من أن أتصدق بمثله .

وقال : قال رسول الله (ص) : من أقرض مؤمناً ينتظر به ميسرة كان ماله زكاة ، وكان هو في صلاة الملائكة ، حتى يؤدى اليه .

وقال : مكتوب على باب الجنة الصدقة بعشرة،والقرض بثمانية عشر،

وانما صار القرض أفضل من الصدقة لأن المستقرض لا يستقرض إلا من حاجة ، وقد تطلب الصدقة من غير حاجة اليها .

وأضاف الشهيد الثاني إلى هذا ان درهم القرض يعود إلى صاحبه فيقرضه ثانية ، فينتفع به الناس ، ودرهم الصدقة لا يعود، فينقطع النفع.

كتابة الدين :

قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه – ٢٨٢ البقرة » .

وقال الإمام الصادق (ع) : من ذهب حقه على غير بينة لم يؤجر .

وقال : لا تستجاب دعوة لرجل كان له مال فأدانه من غير بينة ، ان الله سبحانه يقول له : ألم آمرك بالشهادة

وحمل الفقهاء الآية والرواية على استحباب الكتابة دون الوجوب ، بل ان كثيراً منهم لم يتعرضوا لحكم الكتابة اطلاقاً في باب الدين .

العقد :

الدين من العقود التي تحتاج الى الايجاب من الدائن ، والقبول من المدين ، ويتحقق كل منها بكل ما دل عليه من قول أو فعل[1] قال صاحب الجواهر : « الظاهر دخول المعاطاة فيه ، بل هو أولى من البيع ، والسيرة فيه أتم » .

---

[1] للعقد معنيان : خاص ، وهو الايجاب والقبول باللفظ ، وعام ، وهو كل ما دل على توافق الارادتين على شيء واحد ، سواء اكانت الدلالة باللفظ أو بالفعل، ونحن – في الغالب– نطلق العقد في هذا الكتاب بالمعنى العام لا بالمعنى الخاص .

وذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر وصاحب مفتاح الكرامة الى ان الملك يتحقق بالعقد وقبض العين ، ولا يتوقف على التصرف ، وقال البعض : لا يتحقق الا مع التصرف .

ويرد هذا القول بأن التصرف شرط زائد ، والأصل يقتضي عدمه ، وبأن الملك هو المسوغ للتصرف فكيف يكون سبباً له ؟. قال صاحب الجواهر :

« لولا الاجماع لاتجه القول بحصول الملك بمجرد العقد من غير حاجة الى القبض ، كما هو الشأن في غيره من العقود .. ولكن مفهوم الدين لا يتحقق من غير القبض » .

وتسأل : هل الدين من العقود الجائزة ، بحيث يجوز للدائن ان يرجع بالعين ، وينتزعها من يد المدين بعد ان يقبضها ، وقبل ان يتصرف بها؟. ويستدعي الجواب عن هذا التساؤل التفصيل على الوجه التالي :

١ ـ ان يرجع الدائن بعد العقد ، وقبل القبض ،وما من شك ان له العدول والرجوع ، لأن تمليك العين في الدين لا يتحقق إلا بعد القبض ، ولا يجوز للمدين ان يقبض العين إلا بإذن الدائن فعقد الدين في هذه الصورة جائز .

٢ ـ ان يحاول الدائن الرجوع بعد العقد والقبض ، وقبل التصرف، وقد ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر الى ان الدائن لا يحق له ذلك ، لأن المدين قد ملك العين بالقبض ، ووجب عليه مثلها في ذمته ، والأصل عدم خروجها عن ملكه ، وعليه يكون العقد لازماً من جانب الدائن،وجائزاً من جانب المدين، حيث يجوز له ارجاع العين لصاحبها قبل أن يتصرف بها ، وليس له ان يأبى ويمتنع عن قبولها .

٣ ـ ان يطالب الدائن ببدل العين بعد أن يتصرف بها المدين ، ولم

يكن قد أخذ التأجيل شرطاً في العقد ، وبديهة ان للدائن تمام الحق بالمطالبة بالبدل في هذه الصورة متى شاء وأراد ، ما دام حقه ثابتاً في ذمة المدين، كما ان للمدين دفع البدل متى شاء ، وتكون النتيجة ان العقد جائز من الجانبين بالقياس الى بـدل العين، وعدم وجوب الامهال والانتظار في دفعه، أو المطالبة به .

٤ – ان يكون التأجيل الى أمد شرطاً في العقد ، وبعد أن يتصرف المدين يطالبه الدائن بالبدل ، وقد ذهب المشهور الى ان شرط الأجل غير لازم ، وان للدائن أن يطالب المدين قبل حلول الأجل ، لأن هـذا الشرط عنـد المشهور مجرد وعد لا يجب الوفاء به ، ولأن الدائن محسن ، وما على المحسنين من سبيل.

قال صاحب الجواهر : « لا أجد خلافاً في ذلك قبل الكاشاني » .. أجل ، اذا اشترط التأجيل ضمن عقد لازم وجب الانتظار ، كما لو باعه شيئاً على أن يقرضه إلى أمد ، فيصبح التأجيل لازماً تبعـاً للزوم العقد ، تماماً كما لو باع الدار ، واشترط أن يسكنهـا سنة ، فتكون السكنى ، والحال هذي ، حقاً كالثمن .

وقال جماعة ، منهم السيد أبو الحسن الأصفهاني في وسيلة النجاة : بل يلزم الشرط ، ويجب الانتظار إلى حلول الأجل، حتى ولو لم يشترط التأجيل في عقد لازم .

ونحن مع هؤلاء ، لقوله تعالى : « اوفوا بالعقود » والدين عقد ، فيجب الوفاء به ، وبجميع متعلقاته ، ويستأنس له بقوله تعالى : « إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » فان فيه اشارة إلى ان للاجـل أثره .. ولو جازت المطالبة قبل حلول الأجل لكان ذكر الأجل وعدمه سواء ، وهو خلاف المعهود من طريقة العرف .. هذا ، الى ان المدين انما اقدم على الاستدانة بشرط التأجيل والانتظار ، ولو أجزنا مضايقته

قبل الأمد المضروب لألزمناه بما لم يلزم به نفسه .. وليس من شك ان هذا اساءة ، لا احسان ..

ويأتي في الفقرة التالية ما يدل على ان للدائن ان يترك جزءاً من دينه ليعجله المدين قبل الأجل، ولو كان الانتظار غير لازم لكان الدائن في غنى عن ذلك .

نعم ، لو أجله بعد انعقاد العقد وتمامه لم يلزم التأجيل ، سواء أكان الدين الثابت قرضاً أو مهراً أو ثمن مبيع ، أو غيره،لأنه شرط ابتدائي لا يجب الوفاء به ، ولأن المدين أقدم على أن يطالب بالحق متى شاء صاحبه .

وقد تلخص ان عقد الدين ليس لازماً بقول مطلق،ولا جائزاً كذلك، بل يكون جائزاً من جانب الدائن والمدين قبل القبض،ومن جانب المدين دون الدائن بعد القبض وقبل التصرف وجائز من الجانبين بعد التصرف بالنسبة إلى الأجل المضروب ، حيث لا يجب الألتزام به عند المشهور ، ويجب عندنا بالقياس الى الدائن .

تعجيل الدين باسقاط بعضه :

سئل الامام الصادق (ع) عن الرجل يكون له دين على آخر، فيقول له قبل ان يحل الأجل : عجل النصف من حقي على ان أضع عنك النصف ، أيحل ذلك ؟ قال : نعم .

وسئل أيضاً عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى ، فيأتيه غريمه، ويقول له : انقدني كذا وكذا ، واضع عنك بقيته ؟ قال : لا أرى بأساً ، انه لم يزد على رأس المال .

وفي هذا اشعار بأنه إذا اشترط الانتظار لزم الوفاء بالشرط ، وإلا كان الدائن في غنى عن الحط من دَينه .

ولا يجوز تأجيل المعجل بشرط الزيادة ، لأنه ربا محرم .

وإذا رضي المدين ان يعجل ما عليه من الدين المؤجل قبل الأوان فله ان يعدل – مثلاً – إذا اشترى بنسيئة ، أو تزوج بمؤجل ، ثم رضي المشتري أو الزوج ان يعجل المؤجل ، ويسقط الأجل فله بعد الرضا بإسقاط الأجل أن يعدل ، ويرجع الى الأجل ، وليس لصاحب الدين أن يطالبه قبل الأمد المضروب ، محتجاً برضاه .. لأن مجرد الرضا ليس عقداً لازماً ، ولا تابعاً لعقد لازم ، وانما هو وعد وكفى .

الشروط :

يشترط في الدين بالاضافة الى العقد والقبض أمور[1] :

١ – ان يكون كل من الدائن والمدين أهلاً للتصرف بالبلوغ والعقل .

٢ – أن يكون الدائن مالكاً ، أو مأذوناً ، كما هو الشأن في جميع التصرفات .

٣ – ان تكون العين قابلة للتمليك والتملك ، ومعلومة بالجنس والوصف ، تماماً كالمبيع ، لأن الجهل بالعين يتعذر معه الوفاء ، ويسبب النزاع .

شرط المنفعة :

سبق في الجزء الثالث فصل الربا ، فقرة « فساد المعاملة الربوية » .

---

١ الشروط بالمعنى الخاص لا تشمل الاركان ، كالايجاب والقبول ، لأن الركن داخل في نفس الماهية ، والشرط خارج عنها ، والشرط بالمعنى العام يشمل الأركان ، ونحن نطلق الشروط في ابحاث الكتاب ونريد بها المعنى العام .

وفقرة « ربا القرض » ان الدين مع شرط النفـع ربا محرم ، ومفسد للمعاملة ، لقول الرسول الاعظم (ص) : « كل قرض يجر منفعة فهو حرام » .

وسبق أيضاً ان الزيادة والمنفعة ، تبرعاً ومن غير شرط، تجوز ، لأن خير الناس أحسنهم قضاء ، كما قال الإمام الصادق (ع) .

وقال صاحب الجواهر : « الاقوى حرمة القرض بشرط البيع محاباة — أي بأقل من القيمة — أو الايجار ، أو غـير ذلك من العقود فضلاً عن الهبة ونحوها ، لأنه يجر النفع المحرم فتوى ونصاً » .

المماطلة مع القدرة :

تحرم المماطلة بالوفاء ، مع القدرة ، كما تحرم مضايقـة المدين ، مع الاعسار ، قال تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » .

وقال الرسول الأعظم (ص) : لي الواجد يحـل عرضه وعقوبته . واللي المماطلة .

وقال الإمام الصادق : قال رسول الله (ص) كما لا يحل لغريمك ان يمطلك ، وهو موسر كذلك لا يحل لك ان تعسره اذا علمت انه معسر.

واذا لم تجز المطالبـة مع العسر فبالأولى عـدم جواز الحبس ، ومن المشهور : المفلسون لا يحبسون . قال الإمام الصادق : ان علياً(ع) كان يحبس في الدين ، فإذا تبين له افلاس الرجل وحاجته خلى سبيله ، حتى يستفيد مالاً ، واستعدت امرأة على زوجها عنده ، لأنه لم ينفق عليها، وكان معسراً ، فأبى أن يحبسه ، وقال : ان مع العسر يسراً .

صورة الوفاء :

كل ما تساوت أجزاؤه وصفاته يُرد مثله عند الوفاء، كالحنطة والشعير لأن الثابت في الذمة المثل ، لا القيمة ، ولا فرق في ذلك بين ان تبقى قيمته على ما كانت حين القرض ، أو تزيد ، أو تنقص .. أجل ، اذا تعذر وجود مثله عند الوفاء وجبت قيمته السوقية في هذا الحين ، لا عند القرض ، لأن الذمة تبقى مشغولة بالمثل الى حين الوفاء ، وعنده تنتقل الى القيمة.

وكل ما تفاوت أجزاؤه وصفاته كالحيوان تثبت قيمته السوقية يوم القرض ، أي اليوم الذي تسلم فيه المقترض العين .

السعي في قضاء الدين :

ذهب المشهور الى أن على المدين أن يسعى في قضاء ديونه ، تماماً كما يجب عليه ان يسعى من أجل قوته ، وقوت ما يعيل ، لأن كل ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

وفاء بعض الدين :

إذا أراد المدين ان يسدد بعض الدين ، فهل للدائن ان يمتنع ، ويقول : لا اقبل الا الجميع دفعة واحدة ؟.

الجواب : ليس له ذلك ، بل يأخذ الميسور ، ويطالب بالباقي ، حتى ولو كان قد أعطى المال للمدين دفعة واحدة ، لانه ليس من باب تعدد الصفقة ، بل الجزء هنا تماماً كالكل في ان كلاً منهما حق يجب أخذه ، ولا يرتبط وجود أحدهما بالآخر .

وفاء الدين من الدية :

سئل الامام الصادق (ع) عن رجل قتل ، وعليه دين ، ولم يترك مالاً ، فأخذ أهله الدية من قاتله ، أعليهم ان يقضوا دينه ؟ قال: نعم .

وجميع الفقهاء أفتوا بعدم الفرق بين الدية وسائر أعيان التركة ، من حيث تعلق الدين بها ، سواء أكان القتل خطأ أو عمداً .

وقال جماعة : إذا قتل المدين عمداً فليس لأوليائه القود من القاتل إلا بعد ان يضمنوا المال لاربابه ، وفي ذلك رواية عن أهل البيت (ع) .

الوفاء من بيت المال :

اتفق الفقهاء كلمة واحدة على ان من استدان في غير معصية،وعجز عن الوفاء تسدد ديونه من بيت المال ، قال الامام (ع) : من طلب هذا الرزق من حله ، ليعود به على نفسه وعياله كان كالمجاهد في سبيل الله ، فان غُلب عليه فليستدن على الله ، وعلى رسوله ما يقوت به عياله .

وقد نص القرآن الكريم على ذلك في الآية ٦٠ من سورة التوبة : « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم » .

والغارمون قوم وقعت عليهم ديون انفقوها في طاعة الله .

مستثنيات الدين :

يجب على المدين ان يبيع جميع ما يملك في وفاء ديونه ، ويستثنى له دار السكنى ، وقوت يوم وليلة له ولعياله ، وثيابه وثيابهم ، وكتب

العلم ان كان من أهله ، وان لم يفعل حجر عليه الحاكم الشرعي ، وباع أملاكه بالشروط المذكورة في باب الحجر .

ويدل على استثناء البيت قول الامام الصادق (ع) : لا يخرج الرجل من مسقط رأسه بالدين .

وقال صاحب الحدائق : لم أقف على نص في استثناء ما عدا البيت، ولكنه المشهور ، ولعل المستند فيه الضرورة والحاجة .

مجهول المالك :

اذا استدان من شخص،ثم غاب الدائن بحث عنه المدين ما استطاع ، فان لم يعرف له عيناً ، ولا أثراً ، ولا وكيلاً ، ولا ولياً ، ولا وارثاً تصدق بالدين عن صاحبه ، كما هو الحكم في مجهول المالك ، لأن المورد من أفراده ومصاديقه .

وبهذه المناسبة نشير الى الفرق بين اللقطة ، ومجهول المالك ، ورد المظالم .

اللقطة هي المال الضائع الذي لا يد لأحد عليه ، أما حكمها فان كانت قيمتها دون الدرهم فان للملتقط ان يتملكها دون تعريف ، وان كانت قيمتها درهماً فما فوق عرّفها سنة كاملة ، فان لم يظفر بصاحبها تخير بين ان يتصدق بها على ان يضمنها اذا ظهر المالك ، وبين ابقائها في يده أمانة ، وبين ان يتملكها بشرط الضمان أيضاً ، وان تُلتقط من غير الحرم ، ويأتي التفصيل في باب اللقطة ان شاء الله .

أما مجهول المالك فهو كل ما استقر في ذمتك من مال الغير،أو كان عيناً خارجية استوليت عليها ، ولا تعرف صاحب المال الذي استقر في ذمتك ، ولا صاحب العين التي في يدك ، على شريطة ان لا تكون قد التقطتها ، ومن مجهول المالك ما يؤخذ من الغاصب والسلطان الظالم ،

لأنهما قد أخذا من صاحب يد . ولا فرق في المالك المجهول بين من عرفته أولاً ، ثم جهلته ، وبين من جهلته من أول الأمر، كما لو كنت في مكان مع شخص تجهل هويته،ثم ذهب ، وترك بعض أمتعته نسياناً.

أما المظالم فقال صاحب مفتاح الكرامة في الجزء الخامس ص ١٧ : ان مجهول المالك ، ورد المظالم شيء واحد على ما هو المشهور .

وقال صاحب الجواهر ، وصاحب مفتاح الكرامة : لا يشترط تسليم مجهول المالك الى الحاكم الشرعي ، بل يتصدق به عن صاحبه بعد اليأس من معرفته ، وعلى هذا فتوى الفقهاء ، والنصوص عن أهل البيت (ع) ومنها ان الإمام سئل عمن وجد متاع شخص معه ، ولم يعرف صاحبه؟ قال : اذا كان كذلك فبعه وتصدق به .. وهذا النص الصريح يدل على ان مجهول المالك لا يشترط فيه اذن الحاكم ، ولا العدالة في المعطي ، ولا المعطى[1] .

قسمة الدين :

ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر الى ان قسمة الدين لا تصح.. ومثال ذلك ان يكون لاثنين دين في ذمة زيد وعمرو ، فيتراضيان على ان يكون ما في ذمة زيد لأحدهما ، وما في ذمة عمرو للآخر ، وقد منع الفقهاء من ذلك ، وقالوا : الحاصل من الدين لهما،والهالك عليهما ، واستدلوا بأن الإمام الصادق (ع) سئل عن رجلين بينهما مال،منه دين ،

---

١ بقيت مسألة هامة ، وهي ما اذا عرف صاحب المال بعد التصدق عنه ، وطالب به المتصدق ، فهل يضمن ، ويجب عليه ان يدفع له العوض من المثل والقيمة ؟ والقاعدة تقتضي عدم الضمان لأن التصدق كان بأذن من الشرع ، وسنتكلم عن ذلك وعن اعراض الانسان عن ماله في باب اللقطة انشاء الله .

ومنه عين ، فاقتسما العين والدين ، فحصل الذي لأحدهما دون الآخر ، أيرد على صاحبه ؟
قال : نعم .

سقوط النقد :

إذا كان الدين من نوع النقد الذي له قيمة بنفسه، كالذهب والفضة، ثم اسقطته الدولة ، وأبطلت التعامل به ، إذا كان كذلك وجب دفع المثل ، وان كان النقد من نوع الورق الذي لا قيمة له إلا باعتبار الدولة وجب على المدين الوفاء بالنقد الجاري ، وتقدر القيمة يوم سقوط النقد، لأن المدين يبقى مطلوباً بالنقد الأول ، ومسؤولاً عنه الى حين اسقاطه، وفي هذا الحين تتحول المسؤولية من النقد القديم الى النقد الجديد .

الموت ينقض الأجل :

اتفقوا على أن الدين المؤجل يصير حالاً بموت المدين ، لأن الميت لا ذمة له، والوارث غير مسؤول ، لأن الانسان لا يؤاخذ بموت غيره ، فيتعين تعلق الدين بأعيان التركة منذ وفاة المدين، قال الامام الصادق (ع) : إذا كان على رجل دين الى أجل ، ومات حل الاجل .
وإذا مات الدائن ينتقل المال الذي استغلت به ذمة المدين الى الورثة، ويبقى الأجل على ما كان عملاً بالاستصحاب .

التنجيم :

التنجيم ان يوزع الدين على أقساط تستوفى في أوقات معينة ، وهو

صحيح وجائز شرعاً ، ولكن إذا اشترط الدائن على المدين انه إذا تأخر عن اداء قسط في حينه تحل بقية الأقساط فلا يجب العمل بهذا الشرط .. وسبق الكلام عن ذلك في الجزء الثالث فصل النقد والنسيئة فقرة التأجيل .

والكلام عن التنجيم انما يتم بناء على ما اخترناه من ان شرط التأجيل في الدين يجب الوفاء به ، اما على قول المشهور من عدم وجوب الوفاء فلا موضوع للكلام عنه .

مرور الزمن :

صرح أكثر الفقهاء بأن الحق لا يسقط بترك المطالبة به ، مهما طال الزمن ، لأنه متى ثبت بسبب شرعي لا يسقط إلا بمسقط شرعي، ومرور الزمن ليس من الأسباب المسقطة في الشريعة .

ونقل صاحب الحدائق في المجلد الخامس آخر باب الدين عن الشيخ الصدوق : « ان من ترك داراً أو عقاراً أو أرضاً في يد غيره فلم يتكلم ولم يطالب ، ولم يخاصم في ذلك عشر سنين فلا حق له ، ويدل عليه ما روي عن الامام (ع) ان الارض لله جعلها وقفاً على عباده ، فمن عطل أرضاً ثلاث سنين متوالية بغير سبب أو علة أخرجت من يده ، ودفعت الى غيره ، ومن ترك مطالبة حق له عشر سنين فلا حق له .. وهذا صريح في ان ترك المطالبة بالحق عشر سنين يسقط من الأساس » .. وبه يظهر ان قول الصدوق قريب مما عليه الشرائع الوضعية - ثم قال صاحب الحدائق - وبالجملة فالمسألة غير خالية من شوب الاشكال.

ووجه الاشكال ان الرواية شاذة ، لم يعمل بها غير الصدوق ت٣٨١هـ وقد طعن جماعة بسندها .. وغرضنا من الاشارة الى الرواية وقول الصدوق التنبيه الى ان في الشريعة الاسلامية أثراً وجذوراً لمرور الزمن الذي أقرته وأخذت به الشرائع الوضعية .

المقاصة :

إذا اقترض منك شخص شيئاً ، واقترضت انت منه ما يتحد مع ما اقترض جنساً ووصفاً كان ما أخذته منه وفاء لتمام حقك ان ساواه في الكم ، وان نقص سقط منه بمقدار ما أخذت ، وان زاد كنت مسؤولاً عن الزيادة .. وليس هـذا من المقاصة في شيء ، لأن كلا القرضين كان بإرادة الطرفين ، ويسمى تهاتراً إن اتفقا بالجنس والوصف والكم .

وان اقترضت منه من غير جنس ما اقترض منك ، كما لو أخـذ نقداً ، واخذت طعاماً ، ثم امتنع عن وفائك ، وارضائك جاز لك ان تحتسب ما في ذمتك له من الطعام عوضاً عما لك في ذمته من النقـد ، على ان تعتبر سعر الطعـام يوم المعاوضة والمبادلة ، لا يوم القبض .. أجل ، إذا اعطاك الطعام بداعي الوفاء اعتبرت السعر يوم القبض ، فقد سئل الامام (ع) عن رجل له دين على آخر ، ولما حـل الأجل أعطاه طعاماً أو قطناً دون أن يذكرا السعر ، وبعـد شهرين أو ثلاثة ارتفع سعر ما أعطاه أو نقص ، فأي سعر يحسب ؟ قال يحسب السعر وقت الدفع .

واذا جحدك المدين ، أو ماطل جاز لك ان تأخذ من ماله بكل سبيل مقدار حقك ، دون تعد ، لقوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم – ١٩٤ البقرة » .

وسئل الإمام الصادق (ع) عن الرجل يكون له على الرجـل دين فيجحده ، ثم يظفر من ماله بقدر الذي جحد ، أيأخذه ، وان لم يعلم الجاحد بذلك ؟ قال : نعم .

والفقهاء يسمون هذا مقاصة ، وسنعقد لها فصلاً مستقلاً ان شاء الله في آخر باب القضاء .. ولا يجب على من يقتص حقه من الممتنـع ان يستأذن الحاكم الشرعي ، لعدم الدليل على وجوب الاذن ، ولإطلاق الأدلة التي رخصت بالمقاصة .

وتسأل : هل يجوز للفقير المحتاج ان يختلس من مال مانع الزكاة ، لأنه من المستحقين لها ؟

الجواب : كلا ، لأن الزكاة تثبت في أموال الأغنياء للفقراء بوجه عام ، لا لانسان بالخصوص ، حتى تجوز المقاصة ، وبكلمة الدين ملك خاص ، والزكاة ملك عام ، والفرق بينهما واضح .

الرهن

وكذلك ، هل يجوز للفقير المحتاج أن يأخذ من مال مانع الزكاة ، لأنه حق للمستحقين له ؟

الجواب : كلا ، إنما هو كما تقدم في أمثال الأخذ لأجل الأداء بوجه عام ، لا الأصناف والمخصوص ، حتى أنواع الخاصة ، وبكلمة أخرى ملك خاص ، وإلا كانت ملكه عام ، والعرف يأباها والحمد .

معنى الرهن :

للرهن معانٍ في اللغة ، منها الحبس ، قال تعالى : « كل امرىء بما كسب رهين » . وقال : « كل نفس بما كسبت رهينة » . وهو الأصل لقول الفقهاء : ان الرهن وثيقة لدين المرتهن .

جواز الارتهان :

والارتهان جائز كتاباً وسنة واجماعاً ، قال تعالى ، « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة — ٢٨٣ البقرة » .

وقال الإمام الصادق (ع) لمن سأله عن الرهن : استوثق من مالك ما استطعت .

ويصح الارتهان في السفر والحضر ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف فيه بيننا .. وروى ان النبي (ص) رهن درعه عند يهودي، وهو حاضر بالمدينة » .

وللرهن اركان ، وهي الصيغة ، والمرهون ، أي محل الرهن، والحق الثابت على الراهن ، والراهن ، والمرتهن ، ولهذه العناوين أحكام ، وفيما يلي التفصيل :

العقد :

الرهن يحتاج الى عقد ، ويعتبر في عقده ما يعتبر في غيره من الايجاب من الراهن والقبول من المرتهن قولاً أو فعلاً ، وتكفي الاشارة المفهمة، مع العجز عن النطق ، أما الكتابة فلا يبعد كفايتها مع القصد ، حتى ولو كان الكاتب قادراً على التلفظ ، قال صاحب الحدائق في أول باب الرهن ما نصه بالحرف : « مال بعض المحققين الى الاكتفاء بالاشارة والكتابة المفهمين ، مع القدرة على اللفظ ، لأن الغرض فهم ذلك ، فحيثما وجد كفى »

القبض :

هل عقد الرهن لا يتم إلا بالقبض ،بحيث يكون القبض شرطاً لانعقاده وصحته ، ومع عدمه فلا عقد من الأساس ، تماماً كما هو الشأن في الصدقة ، والهبة ، والعارية ، والقرض ، أو ان العقد ليس شرطاً في صحة عقد الرهن ، ولا لزومه ، تماماً كما هي الحال في عقد البيع ، أو هو شرط في لزوم العقد من جانب الراهن ،لا في صحته وانعقاده ؟

وللفقهاء في ذلك أقوال ثلاثة[1] وأصحها ان القبض ليس بشرط اطلاقاً، لا في صحة الرهن ولا في لزومه ، لأن عقد الرهن كغيره من العقود يتم بالايجاب والقبول ، ومتى انعقد كان لازماً بحكم قوله تعالى : « اوفوا بالعقود » وحديث « المؤمنون عند شروطهم » ولا يتوقف لزومه على القبض ولا على غير القبض ، لعدم الدليل على شيء من ذلك .

---

[1] قال صاحب الجواهر : لقد ظن اكثر الفقهاء ان في هذه المسألة قولين الا ان من تتبعها يرى انها ثلاثة اقوال الاول عدم دخل القبض في الصحة واللزوم . الثاني توقف الصحة عليه . الثالث توقف اللزوم عليه دون الصحة .

أما آية : « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته وليتق الله ربه » أما هذه الآية فلا تدل من قريب أو بعيد على وجوب القبض ، لأنها تعرضت لحكم الدين في السفر ، لا لحكم الرهن ، وما يشترط فيه، وانما ذكرت الرهان على سبيل الإرشاد . مع عدم وجود الكاتب .. وبديهة ان هذا شيء ، وان القبض شرط في الرهن شيء آخر .

وأما ما روي ان الإمام أبا جعفر الصادق قال : « لا رهن إلا مقبوض » فقد اجيب عن هذه الرواية بضعف السند ، وبأنها للارشاد تماماً كالآية الكريمة ، ولذا اعرض عنها جماعة من كبار الفقهاء القدامى والجدد ، منهم الشيخ المفيد ، والشهيد الأول ، والعلامة الحلي. والمحقق صاحب الشرائع .

وتسأل : ان الرهن وثيقة للدين ، كما سبق في تعريفه ، وكيف يستوثق الراهن من ماله ، مع عدم القبض ؟ وبكلمة ، أية فائدة من الرهن ما دام قبض المرهون ليس شرطاً فيه ؟

ونجيب بأن الغاية من الرهن حبس الشيء المرهون ، ومنع الراهن من التصرف فيه بالبيع ونحوه ، ليتمكن المرتهن من استيفاء حقه من المرهون عند الاقتضاء ، وليس من شك ان هذه الغاية تتحقق من غير قبض ، وان كان تحققها أاكد وأوثق .. وبالاختصار ان الراهن محجر عليه بالنسبة الى المرهون كالمفلس ، فكما لا يشترط القبض في صحة التحجير على المفلس كذلك لا يشترط في الرهن .

وعلى ما اخترناه من ان القبض ليس شرطاً في صحة الرهن ، ولا في لزومه من جانب الراهن فلا يبقى موضوع للفروع التي بناها الفقهاء على وجوب القبض ، لأن سقوط الأصل يستدعي سقوط الفرع .. ومن الفروع التي بنوها على لزوم القبض عدم صحة قبض المرهون من غير اذن الراهن ، وعدم وجوب استمرار القبض ، وغياب المرهون عن

مجلس الرهن ، وما إلى ذاك مما يبتني على شرطية القبض .

الرهن مطلق غير مقيد:

الدين يصح أن يكون مطلقاً ، وأن يكون مؤقتاً ، أمـا الرهن فلا يصح فيه التوقيت بحال ، ومن هنا اتفق الفقهاء بشهادة صاحب الجواهر على ان شرط الأجل في الرهن فاسد ، ومفسد للعقد ، سواء أكان الدين مؤقتاً ، أو غير مؤقت ، لأن الغاية من الرهن الاستيثاق للدين، والتوقيت يتنافى مع الاستيثاق ، إذ قد لا يتيسر الوفاء في الأمد المضروب، فينتهي الرهن ، ويبقى الدين من غير وثيقة ، وهـو خلاف القصد ، فيتعين بقاء الرهن واستمراره الى اداء الدين ، أو ابراء الراهن منه ، أو اسقاط الراهن حقه في الرهانة .

الرهن المشروط بغير الأجل :

قد يقع الرهن مجرداً عن كل شرط ، وقد يكون مشروطاً. والشرط في الرهن منه صحيح ، كاشتراط ان يكون المرهون في يد الراهن ، أو في يد أمين ، واشتراط المرتهن أن يبيع المرهون ، ويستوفي دينه منه[1]

[1] عبر اكثر الفقهاء هنا بقولهم : ان يشترط المرتهن لنفسه الوكالة في بيع المرهون ، واشكل عليهم من اشكل بأن الوكالة لا تتحقق بمجرد جعلها شرطاً في العقد ، فيرجع اشتراطها ، اذن ، الى اشتراط ان يقيم الراهن المرتهن وكيلا ، وقد يفعل الراهن ذلك ، وقد لا يفعل ، واذا لم ينصبه وكيلا يكون للمرتهن الحق في فسخ الرهن لتخلف الشرط ، وعليه فلا يتحقق الغرض المطلوب ، الى غير ذلك من طول الكلام وعرضه ، لذا عدلنا عن شرط الوكالة في البيع الى شرط الحق في البيع ، ويسمى هذا بشرط النتيجة، اي انه لم يشترط الوكالة بالذات، ولكن اشترط النتيجة المترتبة عليها .

ومن الشرط ما يكون فاسداً غير مفسد للرهن ، كاشتراط ان لا يباع المرهون الا بالثمن الذي يريده الراهن ، وان زاد عن القيمة السوقية أضعافاً ، ومنه ما يكون فاسداً ومفسداً ، كما إذا اشترط المرتهن ان يكون المرهون مبيعاً له ان لم يؤدِ الراهن الحق،قال صاحب الجواهر : اتفق الفقهاء قولاً واحداً على فساد الشرط والرهن ، لأن الأصل عدم انتقال العين عن ملك صاحبها ، ولأن الشيء الواحد لا يكون مرهوناً ومبيعاً في آن واحد،ولأن البيع لا يوجد إلا بوجود سببه وهو الصيغة ، مع سائر الشروط .

هذا بالقياس إلى فساد الشرط ، أما فساد الرهن فلأنه قد حدد بعدم الاداء ، وسبق ان لا يحدد بشيء ، وانما ينحل حكماً بالأداء أو الابراء من الحق .. أما كيف يستوفي المرتهن حقه من المرهون فيأتي البيان في فقرة « تعذر الوفاء من غير المرهون » .

المرهون :

ذهب المشهور الى ان المرهون يجب أن يكون عيناً يصح تملكها وبيعها، ويمكن تسليمها ، وان تكون معلومة غير مجهولة ، تماماً كالمبيع .

فلا يصح على ما قالوه رهن ما في الذمة من الدين ، لأنه أمر كلي لا وجود له في الخارج ، فلا يمكن قبضه .. وهذا يتم بناء على ان القبض شرط في الرهن ، أما على ما اخترناه من عدم شرطية القبض فلا مانع ان تستدين ، وترهن ما لك في ذمة الغير إذا كان حالاً غير مؤجل ، ويحبس هذا الدين لحساب الراهن ، تماماً كما هو الشأن في المفلس .

ولا يصح رهن المنافع اطلاقاً ، سواء أقلنا بأن القبض شرط ، أو لم نقل ، لأن المنفعة تحصل بالتدريج شيئاً فشيئاً ، ولا يمكن الاستيلاء عليها

إلا باستهلاكها ، وعليه فلا يتحقق المقصود من الرهن ، اي استيفاء الدين من المرهون عند تعذر الوفاء من الراهن .

وأيضاً لا يصح رهن ما لا يمكن اقباضه ، كالطير في السماء، والسمك في الماء .

وأجمعوا على صحة رهن حصة شائعة مثل ان يرهن نصف داره ، أو أرضه ، أو يرهن سهمه في عقار شراكة بينه وبين آخر ، سواء أرهنه من شريكه ، أو من غيره ، وسواء أكان المرهون مما يقبل القسمة، أو لا يقبلها .

وأيضاً أجمعوا على ان للانسان ان يستعير مال الغير ، ويرهنه على الدين بإذنه ، على شريطة أن يبين له جنس الدين ومقداره وأجله ، فان خالف المستعير فللمالك فسخ الرهن ، واسترجاع المرهون .

الحق :

المراد بالحق هنا ما يؤخذ المرهون من أجله .. ولا شك في جواز أخذ الرهن على الدين الثابت في الذمة معجلاً كان أو مؤجلاً ، قرضاً كان ، أو ثمن مبيع ، أو عوض ايجار ، أو مهراً ، سابقاً كان الدين على الرهن ، أو مقارناً له ، كما لو قال : بعتك هذا بعشرة على ان ترهنني كذا ، ولا يصح ان يرهن أولاً ، ثم يستدين ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف أجده بيننا .. لأن الرهن وثيقة للمال ، ولا يعقل الاستيثاق قبل حصول المال » .

ومن أجل هذا ذهب المشهور الى عدم صحة الرهن على مال الجعالة قبل تمام العمل - مثلاً - اذا قال : من عمل كذا أعطيته كذا فلا يصح ان يرهن على ما يستحقه العامل بعد العمل ، إذ المفروض انه لم يثبت له في الذمة قبل العمل .

وتسأل : هل يصح الرهن على العين كما يصح على الدين ؟ فاذا وضعت امانة عند انسان أو استأجر منك سيارة - مثلاً - أو أخذها بقصد التجربة ليشتريها ، وهو المعبر عنه عند الفقهاء بالسوم ، وما الى ذاك ، فهل يصح ان يرهن عندك شيئاً يستوثق به على ما لك إذا تعدى أو فرط المستأجر أو المجرب أو المستعير أو المتأمن .

اتفق الفقهاء بشهادة صاحب الجواهر ، وصاحب الحدائق على ان الوديعة والعارية غير المضمونة لا يصح الرهن من أجلها ، واختلفوا في غيرهما ، فمن قائل بصحة الرهن ، وقائل بعدم الصحة ، وقال صاحب الجواهر بالصحة ، ما عدا الرهن من أجل الوديعة والعارية غير المضمونة، لأن أدلة الرهن عامة تشمل العين والدين خرج منها الوديعة والعارية المذكورة بالاجماع ، فيبقى غيرهما مدلولاً لعموم الرهن ، وتترتب عليه جميع أحكامه ، وقد سئل الامام الصادق (ع) عن الرجل يشتري الحيوان أو الطعام سلماً - بيع السلم ما يكون الثمن معجلاً ،والمثمن مؤجلاً - ويؤخذ الرهن على ما دفع من مال ؟ فقال الإمام : نعم ، استوثق من مالك ما استطعت .

زيادة الدين :

يجوز أن يستدين الراهن من المرتهن ثانية،ويجعل مجموع الدين الأول والثاني على المرهون الأول ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف أجده بيننا .. كما لو رهن المبلغ من أول الأمر ، ولا حاجة إلى ابطال الرهانة الأولى ، ثم التجديد » .

ما يسرع اليه الفساد :

إذا كان المرهون من النوع الذي يسرع الفساد اليه راجع المرتهن

الراهن في أمره اذا خشي هلاكه ، فإن تعذر الرجوع اليه رجع الى الحاكم الشرعي ، فإن تعذر تولى المرتهن عملية البيع بنفسه ، مع الحرص التام على حق الراهن ، ويأتي البيان بوجه أشمل .

شروط الراهن والمرتهن :

يشترط في كل من الراهن والمرتهن أن يكون أهلاً للتصرفات المالية، فرهن المجنون والصبي غير المميز لغو ، وكذلك رهن المكره والسكران، ورهن المحجر لسفه ، أو فلس يتوقف على اجازة من له الاجازة ، ويجوز للولي والوصي أن يرهنا مال من لهما عليه حق الرعاية اذا دعت المصلحة ، وأيضاً يجوز لهما اقراض ماله والرهانة عليه ، مع المصلحة ، ومثل له بعض الفقهاء أن يكون للقاصر حنطة وشبهها، ويخشى من تلفها، ولا راغب فيها الا قرضاً ، أو الشراء نسيئة ، فيبيعها الولي أو يقرضها مع الرهن ، ودونه إذا كان الغريم أميناً .

تصرف الراهن والمرتهن :

ويشترك الراهن والمرتهن في ان كلاً منهما ممنوع من التصرف في المرهون إلا بإذن الآخر ، أما منع المرتهن فواضح ، لأن المرهون ليس ملكاً له ، وأما منع الراهن فلأن الغاية من الرهن الاستيثاق للدين ، ولا يتم ذلك إلا برفع سلطة الراهن عن المرهون ، ومنعه من بيعه وايجاره ، وغيره من التصرفات التي تتنافى مع الاستيثاق .

وإذا أذن المرتهن للراهن ببيع المرهون بطل الرهن من الأساس ، ولا يكون الثمن رهناً كالمثمن ، بل يحتاج ذلك إلى رهن جديد،قال صاحب الجواهر : بلا خلاف ولا اشكال .

المرتهن أولى من سائر الغرماء :

إذا كان على الراهن ديون تستغرق أمواله أو تزيد ، وحجر الحاكم عليه ، فالمرتهن أحق في المرهون من باقي الغرماء على المشهور بين الفقهاء، فإن زاد ثمن المرهون عن الدين وُزع الزائد على الغرماء ، وان نقص ضرب الراهن معهم فيما بقي له من الدين،وقد روي عن الإمام الصادق(ع) ان سبيل المرتهن سبيل غيره من أصحاب الدين ، ولا يستأثر دونهم بالمرهون .. ولكن المشهور أعرضوا وأهملوا هذه الرواية ، وما كان في مضمونها ، لضعف السند ، أو تأويل المتن .

تلف المرهون :

المرهون أمانة في يد المرتهن لا يضمنه إلا مع التعدي أو التفريط .

وان تلف المرهون بسبب المرتهن فعليه ضمانه ، ويكون الحكم ما قاله الإمام الصادق (ع) : « ان كان ثمن الرهن أكثر من مال المرتهن فعليه أن يؤدي الفضل – أي الزيادة – إلى الراهن ، وان كان أقل فعلى الراهن أن يؤدي الفضل الى المرتهن،وان كان سواء فليس عليه شيء » .

وان هلك المرهون بآفة قاهرة بطل الرهن ، لارتفاع موضوعه ، ويطالب المرتهن الراهن بدينه ، ولا يسقط بهلاك الرهن . قال الإمام الصادق (ع) : إذا ضاع الرهن فهو من مال الراهن ، ويرتجع المرتهن بماله عليه . وسئل عن الرجل يرهن الغلام،فتصيبه الآفة على من يكون؟ قال الإمام : على مولاه ، أرأيت لو قتل قتيلاً على من يكون ؟ قال السائل : في عنق العبد .. ثم قال الإمام : أرأيت لو كان ثمنه مئة ، فصار مئتين ، لمن يكون ؟ قال السائل : لمولاه. قال الإمام : وكذلك يكون عليه ماله .

وإذا أتلفه أجنبي أخذ منه البدل ، ويكون رهناً كالأصل، لأن البدل حكمه حكم المبدل منه ، والذي يخاصم الجاني ، ويرفع عليه الدعوى هو الراهن ، وليس له ان يعفو عن الجاني إلا بعد ارضاء المرتهن ، وان امتنع الراهن عن مخاصمة الجاني فللمرتهن أن يخاصمه ، لتعلق حقه بالمجني عليه .

منافع المرهون :

اتفق الفقهاء كلمة واحدة على ان المرهون إذا كان له منافع فهي للراهن ، سواء أكانت حين الرهن ، أو تجددت بعده ، منفصلة كانت عن المرهون ، أو متصلة به ، لأن العين ملك له ، فتتبعها المنفعة ، واختلفوا : هل تدخل المنافع في الرهن ، بحيث تكون مرهونة أيضاً كالأصل ، أو لا تدخل ، أو يفصل بين أنواع المنافع ؟

ذهب المشهور بشهادة صاحب الحدائق ، وصاحب الجواهر الى الفرق بين المنافع التي تكون موجودة حين عقد الرهن فتخرج الا مع شرط الدخول ، وبين المنافع المتجددة بعد العقد فتدخل إلا مع شرط الخروج .

وذهب جماعة من كبار الفقهاء ، منهم صاحب الجواهر الى عدم دخول المنافع في الرهن اطلاقاً ، المتجدد منها ، وغير المتجدد إلا مع الشرط ، قال صاحب الجواهر : « لعدم الدليل الشرعي على الدخول ، ولأن الأصل تسلط المالك على ملكه » .

والذي نراه ان هذه المسألة ليست من الاحكام الشرعية في شيء ، كي يرجع في امرها الى الشارع ، أو المتشرعة – اي الفقهاء – لأنها تتعلق في معنى اللفظ ، وما يفهم منه ، والمحكم في ذلك العرف دون سواه .

تعذر الوفاء من غير المرهون :

سبق ان كلاً من الراهن والمرتهن ممنوع من التصرف في المرهون إلا بإذن الآخر، والكلام الآن في حكم ما إذا تعذر وفاء الدين إلا من المرهون وفيه تفصيل على الوجه التالي :

١ – إذا مات الراهن قبل الوفـاء ، وخاف المرتهن على ماله من الضياع لجحود الورثة جاز ، في هذي الحال ان يستوفي حقه مما في يده من الرهن دون مراجعة الورثة ، فقد سئل الإمام عن رجل مـات ، وله ورثة ، فجاء رجل ، وادعى عليه مالاً ، وان عنده رهناً ؟ قال : ان كان له على الميت مال، ولا بينة له فليأخذ ماله مما في يده ، ويرد الباقي على الورثة، ومتى أقر بما عنده اخذ به ، وطولب بالبينة على دعواه .

ومعنى هذا ان للمرتهن أن يكتم أمر الرهن عن الورثـة ، ولا يقر لهم به ، كي لا يؤخذ بظاهر اقرارة ، وان له ان يستوفي حقه بنفسه ان خاف عليه الضياع ، حتى ولو لم يكن وصياً من الراهن عـلى بيع المرهون ، أو على وفاء ديونه .

قال صاحب الجواهر : أخذ الفقهاء بهذه الرواية وعملوا بها .

٢ – يجوز للمرتهن ان يشترط في عقد الرهن بيع المرهون ، واستيفاء حقه منه ، ويجوز له مع هذا الشرط ان يبيعه متى شاء ان لم يكن الدين مؤجـلاً ، وان كان مؤجلاً باعه بعد حلول الأجل ، ولا يجب عليه ان يراجع الراهن ، ولا الحاكم في أمر البيع .

٣ – إذا لم يشترط المرتهن بيع الرهن في العقد ، وامتنع الراهن من الوفاء لعجز ، أو غير عجز رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي ،

لأنه ولي الممتنع ، ولأنه نصب لفصل الخصومات ، وقطع المنازعات ، والحاكم بدوره يُلزم الراهن بالبيع مستعملاً معه السبل التي يراها من التهديد والتعزير ، فإن امتنع الراهن تولى الحاكم أو وكيله بيع الرهن ووفاء الدين .

وان تعذر وجود الحاكم ، أو وجد،ولم يقدر على شيء جاز للمرتهن بعد اليأس أن يبيع المرهون بقيمته ، ويستوفي حقه منه ، كما يجوز لكل دائن الاستيفاء من مال المدين إذا تمنع عن أداء الحق .

وتسأل : ألا يتنافى هذا مع ما روي عن الإمام الصادق (ع) حيث سئل عن رجل رهن شيئاً عند آخر ، ثم انطلق فلا يقدر عليه ، أيباع الرهن ؟ قال : لا حتى يجيء صاحبه ؟

وأجاب صاحب الجواهر عن هذه الرواية ، وما في معناها بأنها تحمل على كراهية البيع ، لا على تحريمه ، أو على عدم تضرر المرتهن بالصبر والانتظار الى حضور الراهن ، تحمل على ذلك ان أمكن هذا الحمل ، والا وجب طرح الرواية من رأس،لاعراض الفقهاء أو أكثرهم عنها .

وفاء بعض الدين :

قال صاحب مفتاح الكرامة في الجزء الخامس ص ٢٠١ : « لو أدى الراهن بعض الدين بقي المرهون بكامله رهناً بالدين الباقي ، لأن الرهن وقع على كل جزء من الحق بالنظر إلى ان الأغلب تعلق الأغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن » .

وهذه مصادرة ومجرد استحسان من صاحب مفتاح الكرامة .. والذي نراه ان المرتهن ان كان قد اشترط بقاء الرهن الى آخر جزء من الدين بقي الرهن بحاله ، ولا ينفك منه شيء ، وان لم يشترط ذلك ، ودفع

الراهن بقصد الوفاء ، وقبض المرتهن بقصد الاستيفاء انفك من الرهن بقدر ما أدى من الدين عملاً بظاهر الحال ، وتبعية الرهن للدين في نظر العرف .

وتقدم في فصل الدين فقرة « وفاء بعض الدين » ان الدائن لا يجوز له ان يمتنع عن تسلم بعض حقه ، ويفرض على المدين التسديد دفعة واحدة .

نفقة المرهون :

إذا كان المرهون حيواناً ، أو غيره مما يحتاج الى نفقة. الحفظ والحراسة فالنفقة وجميع التكاليف على الراهن ، لأن منافعه له ، والغرم بالغنم ، فإذا استوفى المرتهن شيئاً من منافع المرهون فعليه اجرة المثل .

وقال جماعة من الفقهاء : إذا انفق المرتهن على المرهون فله المنفعة بدلاً عن الانفاق ، واستدلوا بالحديث الشريف عن الرسول الاعظم(ص) : « الظهر يركب إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركبه نفقته ، والدر يحلب إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يشرب نفقته » .

وسئل الإمام الصادق (ع) عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهناً ، أله أن يركبه ؟ قال : ان كان يعلفه فله ان يركبه ، وان كان يعلفه صاحبه فليس له ان يركبه .

وأجاب صاحب الجواهر بأن الحديث والرواية محمولان على اتفاق الراهن والمرتهن على ذلك ، وان لم يمكن الحمل على الاتفاق ، أو غيره من معاني التأويل فيتجه طرحها، لأن الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف إلا باتفاقها معاً .

وغير بعيد ان تكون العادة قائمة على ذلك عند ورود النص ، فيحمل

على الارشاد الى العادة المتبعة في ذلك العهد ، وهي تباني أهل العرف ان ينفق المرتهن وينتفع لقاء الإنفاق ، فإذ تغيرت العادة فالمحكم الاصل الشرعي القاضي بأن المنفعة للمالك ، والنفقة عليه : وان المرتهن ممنوع من التصرف في المرهون إلا بإذن الراهن .

التنازع :

١ - إذا كانت العين في يد الدائن فقال: هي رهن عندي على الدين . وقال مالكها : بل هي وديعة عندك ، فمن هو المدعي ؟. ومن المنكر ؟

ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر الى ان المالك منكر ، والدائن مدع ، لأن الاصل عدم الارتهان ، وقد سئل الإمام الصادق (ع) عن رجلين اختلفا في مال انه قرض أو وديعة ، فقال الامام : القول قول صاحب المال بيمينه .

٢ - إذا مات المرتهن انتقل حق الرهانة الى ورثته ، وإذا قال الراهن: لست أميناً من الورثة على المرهون كان له ذلك ، فان اتفقا على وضعه عند امين فذاك ، وإلا وضع امانة عند الحاكم الشرعي ، أو من يختاره .

٣ - اذا اتفقا على الرهن ، واختلفا في مقدار الدين فالقول قول الراهن ، لأن الاصل عدم الزيادة،ولقول الامام الصادق(ع): إذا اختلفا في الرهن ، فقال احدهما : رهن بألف ، وقال الآخر بمئة فعلى صاحب الألف البينة ، فان لم تكن له بينة فعلى صاحب المئة اليمين .

٤ – تقدم أكثر من مرة ان الراهن لا يجوز له التصرف في المرهون إلا بإذن المرتهن ، فإذا باع الراهن العين المرهونة مدعياً ان المرتهن اذن له بالبيع ، وأنكر ذلك المرتهن فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الاذن ، حتى يثبت العكس .

وإذا أذن المرتهن بالبيع ، وبعد ان باع الراهن قال المرتهن : رجعت عن الاذن قبل البيع ، وأنكر الراهن الرجوع فالقول قول الراهن ، لأن الأصل عدم الرجوع ، حتى يثبت العكس .

وإذا اتفقا على الاذن والرجوع عنه ، واختلفا في تقديم البيع على الرجوع ، فقال المرتهن : رجعتُ عن الاذن قبل ان تبيع ، فالبيع فاسد . وقال الراهن : بل رجعتَ بعد البيع فالبيع صحيح ، فمن المنكر ؟ ومن المدعي ؟

والذي تستدعيه القواعد أن ينظر : فإن كان تاريخ البيع معلوماً ، وتاريخ الرجوع مجهولاً ، كما إذا علمنا ان البيع وقع يوم الجمعة – مثلاً – ولم نعلم : هل حصل الرجوع يوم الخميس أو يوم السبت فنستصحب عدم الرجوع إلى يوم السبت ، لأنه مجهول التاريخ[1] ونثبت

---

[1] نستصحب مجهول التاريخ الى زمن العلم بحدوثه بصرف النظر عن تأخره عن الحادث الآخر الذي علم بتاريخ حدوثه فراراً من الاصل المثبت ، ونرتب الآثار على وجود معلوم التاريخ اذا كانت هذه الآثار مترتبة على وجود الحادث المعلوم تاريخه مقارناً لعدم وجود الآخر المسمى هو ونظائره بالموضوعات المركبة من جزءين احدهما محرز بالوجدان ، والآخر بالاستصحاب ، وقد فصلنا ذلك في الجزء الثالث ، وعلى اية حال فان الاستصحاب يجري في مجهول التاريخ اذا علمنا بعدم مقارنة حدوثه لوجود الحادث الآخر ، لان احتمال التقارن كاف في اجراء اصل عدم ترتب الاثر على العقد .. والتفصيل في كتب اصول الفقه العقلية ككتاب رسائل الشيخ الانصاري، وكتاب الجزء الثاني من كفاية الاصول للشيخ الخراساني ، والجزء الثاني من تقرير المرزا النائيني للسيد الخوئي ، او الشيخ محمد علي الخراساني ، وهذا البحث المعروف بمجهولي التاريخ من اهم مباحث الاصول وادقها واعظمها فائدة ، ولم يفهمه من الطلاب الا واحد من مئة فيما اعتقد .. وكنت اظن انه من مستحدثات العلماء الجدد =

بذلك ان البيع كان مقارناً لعدم الرجوع ، ونحكم بصحة البيع ، حتى يثبت العكس ، وعليه يكون القول قول الراهن .

وان كان تاريخ الرجوع معلوماً ، وتاريخ البيع مجهولاً ، كأن نعلم ان الرجوع وقع يوم الجمعة ، ولم نعلم : هل حصل البيع قبله أو بعده ، فنستصحب تأخر البيع عن الرجوع ، لأنه مجهول التاريخ ، ونثبت بذلك ان الرجوع وقع مقارناً لعـدم البيع ، ونحكم بفساد البيع ، حتى يثبت العكس ، وعليه يكون القول قول المرتهن .

وان لم نعلم بتاريخ البيع ، ولا بتاريخ الرجوع ، فيكونان من باب مجهولي التاريخ ، ويعارض استصحاب عدم حدوث احدهما عند حدوث الآخر بمثله ، ويتكافأ الاصلان ، ويتساقطان ، ويبقى ما كان على ما كان ، وبالتالي ، يكون القول قول المرتهن .

هذا ما تقتضيه القواعـد المقررة في علم الاصول ، ولكن المشهور بشهادة صاحب الجواهر اعرض عنه ، وذهب الى ان القول قول المرتهن اطلاقاً من غير تفصيل استصحاباً لبقاء الرهن ، حتى يثبت العكس .

٥ ـ اذا اتفقا على وقوع الرهن ، واختلفا في تعيين المرهون فالقول قول الراهن ، مثال ذلك ان يقول الراهن : رهنتك الدار ، لا البستان ، ويقول المرتهن : بل البستان ، لا الدار ، فننفي رهانة الدار باعتراف المرتهن ، ويكون مدعياً لرهانـة البستان فعليه البينة ، ومع عدمها يحلف الراهن .

= واكتشافاتهم ، حتى رأيت صاحب الجواهر ينقله عن محمد بن مكي المعروف بالشهيد الاول في آخر باب الرهن المسألة السادسة من المقصد الثالث في النزاع ، فأكبرت هـذا العظيم ، وكدت اقول مع القائلين ، وانا اقرأ له : ما ترك الاوائل للاواخر شيئاً . توفي الشهيد الاول سنة ٧٨٦ هـ .

٦ – إذا كان عليه دينان لشخص واحد،وكان أحد الدينين برهن، والآخر من غير رهن ، ثم سدّد أحد الدينين دون الآخر ، واختلف هو والدائن ، فقال المدين : وفيتُ الدين الذي عليه الرهانة . وقال الدائن : بل الدين الآخر الذي لا رهانة عليه، اذا كان كذلك فالقول قول المدين ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف ولا اشكال ، لأن الدافع أبصر بنيته التي لا تعلم إلا من قبله » .

[illegible]

العكس ، وعليه يكون القول قول الراهن .

وان لم نعلم بتاريخ البيع ، ولا بتاريخ الرجوع ، فيكونان من باب مجهولي التاريخ ، ويتعارض استصحاب عدم حدوث أحدهما عند حدوث الآخر بمثله ، ويتكافأ الأصلان ، ويتساقطان ، ويبقى ما كان على ما كان ، وبالتالي ، يكون القول قول المرتهن .

هذا ما تقتضيه القواعد المقررة في علم الأصول ، ولكن المشهور بشهادة صاحب الجواهر أعرض عنه ، وذهب الى ان القول قول الراهن اطلاقاً من غير تفصيل استصحاباً لبقاء الرهن ، حتى يثبت العكس .

٥ — اذا اتفقا على وقوع الرهن ، واختلفا في تعيين المرهون فالقول قول الراهن ، كما لو قال المرتهن : رهنتك الدار لا البستان ، وقال الراهن : بل البستان ، لا الدار ، فتبطل رهانة الدار باعتراف المرتهن ، ويكون منكراً لرهانة البستان قبل البينة ، وقد عرفوا [illegible] الراهن .

[illegible]

الضمان

الضمان والحوالة والكفالة :

إذا كان لشخص دين في ذمة آخر ، وتعهدت انت للدائن بالوفاء عن المدين دون ان تكون مطلوباً له بشيء كان هذا التعهد ضماناً منك للدين ، وأنت ضامن ، والدائن مضمون له ، والمدين مضمون عنه .

وإذا كنت مطلوباً للمدين بالمبلغ الذي تعهدت به عنه سُمي تعهدك هذا ضماناً ، وحوالة أيضاً .

وإذا لم تتعهد بمال للدائن ، وانما تعهدت بأن تحضر له غريمه، وهو المدين،وتسلمه له عند الطلب كان هذا التعهد ضماناً بالنفس،وكفالة أيضاً .

وبهذا يتضح ان للضمان عند الفقهاء معنيين : ضمان بالمعنى الأخص ، وهو الالتزام والتعهد بالمال ممن ليس عليه شيء ، وضمان بالمعنى الأعم الذي يشمل الضمان بالمعنى الأخص ، ويشمل الحوالة التي هي تعهد بالمال ممن عليه مال للمضمون عنه ، ويشمل الكفالة التي هي تعهد بالنفس .. وقد أفرد الفقهـاء لكل من الضمان بالمعنى الأخص ، والحوالة والكفالة باباً مستقلاً ، وبدأوا بالضمان ، ثم الحوالة ، ثم الكفالة ، ونحن نمضي على طريقتهم .

شرعية الضمان :

الضمان مشروع بالاجماع ، والكتاب ، والسنة ، قال تعالى : « ولمن جاء به حملُ بعير وأنا به زعيم — ٧٢ يوسف » والزعيم هو الضامن .

وسئل الإمام الصادق (ع) عن رجل مات ، وعليه دين ، فيضمنه ضامن للغرماء ؟ قال : إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمته .

وقال رسول الله (ص) : من ضمن لأخيه حاجة لم ينظر الله عز وجل في حاجته حتى يقضيها .

كراهية الضمان والكفالة :

يكره التعرض والتصدي للضمان والكفالة ، قال الإمام الصادق (ع) : ما لك وللكفالات .. أما علمت انها أهلكت القرون الأولى !..

وقال : اياكم والحقوق واصبروا على النوائب .

وقال : مكتوب في التوراة الكفالة ندامة غرامة .

وليس من شك ان قوله هذا من باب الارشاد والنصيحة ، لا من باب تأسيس حكم في الشريعة، فهو أشبه بقول من قال : « اياك وحروف الشوك » أي الشركة والوكالة والكفالة . فإن النبي (ص) والأئمة قد يتكلمون بوصفهم من أفراد الناس ، كما يتكلمون بصفتهم الشرعية وبيان أحكام الشريعة .

العقد :

للضمان أركان، وهي العقد، والضامن، والمضمون، والمضمون له، والمضمون عنه، والحق المضمون.. وتتألف صيغة الضمان من الايجاب من الضامن، والقبول

من المضمون له ، ويكفي فيها كل ما دل عليها[1] .

ولا يشترط رضا المضمون عنه ، لأن وفاء الدين عن الغير لا يعتبر فيه رضا المدين .. أجل ، رجوع الضامن على المدين بما أداه عنه للدائن يعتبر فيه اذن المدين ، كما يأتي .

وقال جماعة من الفقهاء : يشترط في الصيغة التنجيز ، وعدم التعليق على شيء ، فإذا قال : أنا ضامن إذا لم يف المدين لم يصح، واستدلوا على بطلان الضمان المعلق بأن الضمان لا بد فيه من الرضا ، ولا رضا إلا مع الجزم ، ولا جزم ، مع التعليق .

وهذا مجرد استحسان ، حيث لا نص على شيء من ذلك ، بل هو اعتراف بأن الرضا إذا وجد مع التعليق صح الضمان . وعليه فإذا رأى أهل العرف ان عقد الضمان الدال على الرضا يوجد مع التعليق فانه يصح ويجب الوفاء به ، لقوله تعالى : « اوفوا بالعقود » وقول الرسول الأعظم (ص) : « المؤمنون عند شروطهم » .. وأهل العرف لا يرون أي منافاة بين عقد الضمان وبين التعليق،ويوجبون على من قال للدائن : ان لم يعطك المدين فأنا أعطيك – ان يفي بتعهده ، ولو افترض ان مثل هذا لا يصح ضماناً فانه يصح بطريق آخر ، ولو باعتباره عقداً جديداً من العقود غير المسماة التي تكلمنا عنها في الجزء الثالث ، وأثبتنا العمل بها تماماً كالعقود المسماة ، لأنها من مصاديق الأدلة العامة للعقود .

وعقد الضمان لازم من الجانبين : الموجب والقابل ، حتى ولو كان الضمان تبرعاً ، ومن غير اذن المضمون عنه،فلا يجوز للضامن أن يقول: عدلت عن الضمان ، ولا للمضمون له أن يقول للضامن بعد ان قبل ورضي بضمانه : لقد عدلت عن الرضا بضمانك،وسأرجع على المضمون،

---

1 قال الشيخ النائيني في تعليقه على العروة الوثقى اول باب الضمان : ان الطريق الى التعهد ينحصر بالقول فقط ، وايجاده بالفعل مجرد فرض لا واقع له اطلاقاً .

لا يجوز له ذلك إلا إذا تبين اعسار الضامن عند الضمان ، فان له ، والحال هذه ، الفسخ .. أجل ، له اسقاط الدين من الأساس ، وعندها يرتفع الضمان ، لارتفاع موضوعه ومحله .

الضامن :

يشترط في الضامن :

١ ـ أن يكون أهلاً للتصرفات المالية ، فلا يصح ضمان المجنون ، والصبي ، والمكره ، والسكران ، أما السفيه فيجوز ضمانه باجازة الولي ، أما ضمان المفلس فجائز اطلاقاً ، لأنه كاقتراضه يصح ، وان لم يأذن الغرماء .

٢ ـ قالوا : ان الضمان بالمعنى الأخص ، وهو المبحوث عنه في هذا الفصل يشترط فيه أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة بدين للمضمون عنه ، والا يكون التعهد حوالة لا ضماناً بمعناه الخاص .

٣ ـ ذهب المشهور الى ان الضامن يشترط فيه الملاءة ، أي القدرة على الوفاء ، أو علم المضمون بإعسار الضامن حين الضمان ، وهذا شرط في اللزوم ، لا في الصحة ، فلو قبل المضمون له ثم تبين اعسار الضامن ثبت للمضمون له الحق في فسخ الضمان ، والرجوع على المضمون عنه ، لأن لزوم العقد، مع اعسار الضامن يستدعي تضرر المضمون له ، فيتدارك الضرر بثبوت الخيار بين الصبر على الضامن ، وفسخ العقد ، وإذا علم بالاعسار ، ورضي به حين العقد فليس له ان يعدل ، لأنه أقدم على علم واختيار ، تماماً كمن اشترى معيباً مع علمه بالعيب . واذا عرض العسر بعد الضمان فلا خيار .

وإذا ضمن الدين أكثر من واحد ، فان ضمنه كلٌ بعقد مستقل صح السابق وبطل اللاحق ، وان ضمنه الجميع بعقد واحد يقسط الدين حسب عددهم على السواء .

المضمون له :

يشترط في المضمون له ما يشترط في الضامن من أهليته للتصرفات المالية ، وأيضاً يشترط رضاه بالضمان ، لأنه أحد المتعاقدين ، وقبوله جزء من الصيغة ، ولقول الامام الصادق (ع) : إذا رضي الغرماء برئت ذمة الميت .

وتسأل لقد جيء للنبي (ص) بميت ليصلي عليه ، فقال : هل عليه دين ؟ قالوا : نعم ، ديناران . قال : هل ترك لهما وفاء ؟ قالوا : لا . فتأخر . فقيل له : لم لا تصلي عليه ؟ قال : ما تنفعه صلاتي إلا ان قام أحدكم فضمنه . فقام الامام علي بن أبي طالب (ع) ، وقيل أبو قتادة فضمن الدينارين ، وصلى عليه الرسول (ص) .

فقد دل الحديث على ان رضا المضمون له ليس بشرط ، حيث صلى الرسول (ص) قبل ان يرضى الغرماء .

وأجاب جماعة من الفقهاء بأن هذا الحديث قضية في واقعه خاصة لا يتعدى إلى غيرها ، وأصح الأجوبة ما قاله صاحب الجواهر من ان رضا النبي (ص) كاف واف ، لأنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم .

ولا بد من تمييز المضمون له عن غيره بما يصح معه القصد ، ولا يشترط معرفته بحقيقته وهويته ، فإذا رأيت دائناً يطالب مديناً ، وقلت للدائن — على غير علم سابق به — : دعه ، وأنا ضامن لما في ذمته صح .

ولا يجوز ضمان الدين الذي للسفيه إلا بإذن وليه ، أما المفلس فديونه محجوزة لحساب الغرماء ، فيجوز ضمانها لهم ، ولا يجوز ضمانها له .

المضمون عنه :

لا يشترط في المضمون عنه العقل ولا البلوغ ولا الرشد ولا رضاه في الضمان التبرعي ، بل ولا حياته ، فيصح الضمان عن المجنون والصبي والسفيه والمفلس والمجهول ، لأن الضمان تماماً كقضاء الدين لا يعتبر فيه رضا المدين ، ولأن العقد يتحقق بالايجاب من الضامن ، والرضا من المضمون له ، فتشمله أدلة الوفاء بالعقود .

أجل ، لا بد من تمييز المضمون عنه بما يصح معه القصد ، ولو بجهة من الجهات ، أما إذا كان مجهولاً ومردداً بين اثنين أو أكثر فلا يصح ، مثل ان يكون لشخص دين على اثنين ، فتقول : ضمنت ما في ذمة أحد هذين .

الحق المضمون :

قالوا : يشترط في الحق المضمون أن يكون ثابتاً في الذمة ، فلا يصح أن تقول لشخص : اعط فلاناً على حسابي ، وعليّ ضمان ما تعطيه ، لأنه لم يثبت في الذمة شيء يتعلق به الضمان ، وقد أجمع الفقهاء على ذلك قولاً واحداً .

ولكن العقلاء وأهل العرف يرون مثل هذا القائل مسؤولاً وملزماً بتعهده ، فما هو طريق الجمع بين بناء العقلاء على صحة هذا التعهد ، واجماع العلماء على فساد الضمان ؟

الجواب : ليس من الضروري إذا لم يصح ضماناً مثل قوله : اعط فلاناً ، وأنا أعطيك عنه ان لا يصح اطلاقاً .. لأن الصحة لا تنحصر بالضمان ، ولا بالعقود المسماة ، فالمهم أن يصدق على التعهد اسم العقد حقيقة عند أهل العرف ، والتعهد المذكور يصدق عليه اسم العقد كما هو

المفروض ، فيشمله الا ان تكون تجـارة عن تراض،واوفوا بالعقود ، والمؤمنون عند شروطهم .

ويجوز ضمان ما ثبت في الذمة ثبوتاً جائزاً ، لا لازماً ، كالمهر قبل الدخول ، وثمـن المبيـع في زمن الخيار ، لأن تمام المهر لا يستقر إلا بالدخول ، كما ان ثمن المبيع لا يستقر إلا بعد مضي زمن الخيار ، مع عدم الفسخ .

وقال الفقهاء : يجوز أن تُضمن النفقة السابقة للزوجة ، ولا يجوز ضمان النفقة المستقبلة ، لأنها غير ثابتة بالفعل ، كما انها عرضة لعـدم الثبوت في المستقبل بالنشوز أو الطلاق أو الموت .

والذي نراه هو صحة ضمان النفقة المستقبلة،لا لوجود المقتضي فقط ، وهو الزوجية،بل لأن هذا التعهد يصدق عليه اسم العقد في نظر العرف، فيشمله « اوفوا بالعقود » تماماً كما هو الشأن في تعهد من قال : « اعط فلاناً وأنا أعطيك عنه ، أما ان الزوجة عرضة للنشوز والطلاق وموت الزوج فجوابه ان وجوب الوفاء بكل عقد على حسب مقتضاه ، فيجب أن ينفق المتعهد على الزوجة ما دام سبب الانفاق قائماً .

وقال الشيخ أحمد كاشف الغطاء في « وسيلة النجاة » باب الضمان : القول بصحة نفقة الزوجة للمستقبل ليس ببعيد ان لم يكن اجماع . وقال السيد كاظم اليزدي في العروة الوثقى باب الضمان مسألة ٣٨ : « لا مانع من ضمان ما لم يجب بعد ثبوت المقتضي ، ولا دليل على عدم صحته من نص أو اجماع ، وان اشتهر في الألسن ، بل في جملة من الموارد حكموا بصحته . وقال في مسألة ٣٥ : لا يبعد صحة ضمان النفقة المستقبلة للزوجة لكفاية وجود المقتضي وهو الزوجية .

ولا يشترط في صحة الضمان علم الضامن بمقدار الدين وجنسه ، قال الامام الصادق (ع) : لمـا حضر محمد بن اسامة الموت دخل عليه بنو هاشم ، فقال لهم : لقد عرفتم قرابتي ومنزلتي منكم ، وعليّ دين أحب

ان تقضوه عني ، فقال علي بن الحسين : عليّ دينك كله .

فقد ضمن الامام ديون ابن اسامة دون ان يعلم مقدارها ، أجل ، لا بد من المعرفة بالجنس والمقدار عند الوفاء ، لتوقفه عليه .

ولا يُلزم الضامن إلا بوفاء ما ثبت من الدين بالبينة ، أو ما علم به هو بطريق من الطرق ، على أن يكون ثابتاً وقت الضمان ، لا ما يتجدد بعده كما قال الفقهاء ، ولا ما يقر به المدين بعد الضمان ، لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر وحده ، ولا تتعداه إلى غيره .

وإذا كان الضمان مطلقاً غير مقيد بوقت من الأوقات يكون تابعاً للدين لأنه فرع عنه فيؤجل الوفاء من الضامن ان كان الدين المضمون مؤجلاً ، ويُعجل ان كان معجلاً .

ويجوز ضمان الدين الحال بمؤجل ، والمؤجل بمعجل ، أو بزيادة الاجل ، وبكلمة ان كل ما يتفق عليه الضامن والمضمون له فيما يعود الى التأجيل والتعجيل فهو صحيح وجائز ، لأن الاجل حق لمن هو له فيجوز تأخيره ، وتقديمه برضا الطرف الآخر، ويجوز له اسقاطه اطلاقاً، وفي جميع الحالات لا يجوز للضامن ان يرجع على المضمون عنه إلا بأمرين : الأول ان يحل أجل الدين ، لا أجل الضمان ، الثاني ان يؤدي الضامن الدين للمضمون له ، فإذا لم يؤده فلا يرجع على المضمون عنه، حتى ولو حل أجل الدين ، وإذا لم يحل الأجل فلا يرجع عليه ، حتى ولو أدى الدين .

ويجوز لكل من الضامن والمضمون اشتراط الخيار مدة معينة ، لعموم أدلة وجوب الوفاء بالشرط .

ضمان الأعيان :

قد اتضح مما سبق ان الدين الثابت في الذمة يجوز ضمانه اجماعاً ونصاً،

أما ضمان الأعيان الخارجية فهو على التفصيل التالي :

١ – أن تكون العين تحت يدٍ لا يضمن صاحبها إلا بالتعدي أو التفريط ، كالوديعة ، والمرهون ، ومال المضاربة ، والعارية من غير الذهب والفضة ، وتسمى هذه الأعيان غير مضمونة، لأن من هي في يده لا يضمن على كل حال . وقد أجمع الفقهاء على عدم صحة ضمانها ما دامت أعيانها قائمة ، لأن سبب الضمان لم يتحقق ، فيكون ضمانها ، والحال هذي، ضماناً لمال غير مضمون .

٢ – أن تكون العين في يدٍ يضمن صاحبها على كل حال ، فرّط أو لم يفرط ، تعدى أو لم يتعد ، كالمغصوب ، والمقبوض بالسوم ، وبالعقد الفاسد ، وعارية الذهب والفضة ، وتسمى هذه أعياناً مضمونة ، لأن من هي في يده ضامن على جميع التقادير . وقدْ اختلف الفقهاء في ضمانها ، فذهب جماعة الى انه يجوز لأجنبي أن يتعهد لصاحب العين عمن هي في يده ، يتعهد بارجاعها له ، مع بقائها بالذات ، وارجاع بدلها مع التلف ، لأن سبب الضمان متحقق ، فلا يكون الضمان ضماناً لما لم يجب ، ولقول الرسول الأعظم (ص) : « الزعيم غارم » فإنه شامل لكل شيء تعهد به ، سواء أكان الشيء ديناً أو عيناً ، وللادلة العامة ، مثل اوفوا بالعقود ، والمؤمنون عند شروطهم .

وقال آخرون ، ومنهم صاحب الجواهر ، وصاحب الحدائق : لا يجوز ضمانها ، لأن معنى الضمان عند الفقهاء الجعفريين هو انتقال الحق من ذمة إلى ذمة ، وهذا شيء ، والالتزام برد العين الخارجية شيء آخر ، وبكلمة ان الضمان المبحوث هنا من شؤون الذمم ، لا من شؤون

الأعيان الخارجية،هذا إلى أن الغاصب ومن اليه مكلف شرعاً برد العين، والأحكام الشرعية لا تقبل الضمان الذي هو بمعنى الانتقال من شخص إلى شخص ، أجل ، يجوز الضمان لو كان معناه ضم ذمة إلى ذمة ، حيث يبقى الزام الغاصب وتكليفه بالرد على ما هو عليه،ولا ينتقل منه إلى سواه، ولكن الفقهاء الجعفريين لا يقولون بذلك ، كما تقدم .

٣ – ان يقع بيع بين اثنين ، فيتعهد ثالث بدرك الثمن للمشتري عن البائع إذا خرج المبيع مستحقاً للغير ، أو ظهر فساد البيع لفقد شرط من شروطه إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع ، أو يتعهد الثالث للبائع عن المشتري إذا خرج الثمن المعين مستحقاً للغير ، ويسمى هذا ضمان العهدة ، وضمان الدرك .

وقد أجازه الفقهاء ، واستدلوا على جوازه وصحته بسيرة المسلمين قديماً وحديثاً ، وبالحاجة الماسة اليه ، إذ لولا الجواز لوقع النـاس في في العسر والحرج .

ضمان درك البناء والغرس :

اذا اشترى شخص من آخر قطعة أرض – مثلاً – وبنى المشتري فيها داراً ، أو غرسها بستاناً ، ثم ظهرت مستحقة للغير ، وأزال المالك البناء والغرس كان درك ذلك على البائع باتفاق الفقهاء جميعاً اذا كان المشتري جاهلاً بذلك ، لأن البائع ، والحال هذي،قد غرر بالمشتري ، والمغرور يرجع على من غره .. وهل يجوز لثالث أن يضمن للمشتري درك ما يحدث في القطعة إذا خرجت مستحقة للغير .

ذهب المشهور بشهادة صاحب العروة الوثقى إلى عدم صحة هذا الضمان،لأن المشتري لا يستحق شيئاً على البائع قبل ازالة البناء والغرس ،

حتى يصح الضمان .. فيكون – اذن – ضماناً لما لم يجب .

وسبق أكثر من مرة ان كل مـا يصدق عليه اسم العقد عند أهل العرف يصح ويجب الوفاء به ، وان وجوب الوفاء بكل عقد على حسب مقتضاه ، وعليه يصح مثل هـذا الضمان ، ويجب الوفاء به عند ازالة البناء والغرس ، وبهذا أفتى الشهيد الأول والثاني وصاحب العروة الوثقى .

أما ضمان البائع للمشتري درك الثمن ، أو درك البنـاء والغرس إذا خرج المبيع مستحقاً للغير فوجوده وعدمه سواء لأنه ضامن بنفس العقد، بل لو تبرأ من الضمان لم يبرأ .

لا سبيل للمضمون له ، على المضمون عنه :

اتفقوا كلمة واحدة بشهادة صاحب الجواهر ، وصاحب الحدائق ، وغيرهما على ان شروط الضمان متى تحققت بكاملها انتقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن،ولا يجوز للمضمون له ان يطالب المضمون عنه بشيء ، لأن الضمان عند الفقهاء الجعفريين انتقال المال من ذمة الى ذمة ، لا ضم ذمة الى ذمة ، المعروف بالتكافل والتضامن ، لأن المال الواحد لا تشتغل به ذمتان في آن واحد ، ولا ذمة واحدة عـلى سبيل الترديد وعدم التعين ، ويدل عليه قول الامام الصـادق (ع) : « اذا رضي الغرماء برئت ذمة الميت » فانه صريح في براءة ذمة المضمون عنه بعد الضمان .

رجوع الضامن على المضمون عنه :

يرجع الضامن على المضمون عنه بما اداه للمضمون له اذا كان قـد ضمن بإذن المضمون عنه ، وإلا فلا يحق له الرجوع عليه ، لأنه متبرع

قال صاحب الجواهر : « الاجماع على ذلك » .

وإذا أبرأ المضمون له الضامن من الدين بريء هو والمضمون عنه ، ولا يحق للضامن الرجوع على المضمون عنه ، لأن استحقاق الرجوع عليه انما يكون مع الاداء عنه والضمان بإذنه ، فإن ضمن بغير اذنه ، أو لم يؤد اطلاقاً فلا حق له عليه .

وإذا أبرأ المضمون له ذمة المضمون عنه فلا تبرأ ذمة الضامن ، لأن المفروض ان المضمون عنه اجنبي عن المضمون له بعد الضمان ، فلا يؤثر ابراؤه شيئاً إلا ان يفهم منه انه أراد الابراء من أصل الدين الذي كان على المضمون عنه ، وعليه تبرأ ذمة الضامن من غير شك .

واتفقوا كلمة واحدة على ان الضامن لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه والمطالبة بشيء إلا بعد ان يؤدي الى المضمون له ، لأن ذمة المضمون عنه لا تشتغل بشيء إلا بعد الاداء ، على ان يكون الضمان بإذن من المضمون عنه . وأيضاً اتفقوا على انه لا يرجع عليه إلا بمقدار ما أداه للمضمون له ، على شريطة ان لا يزيد على أصل الدين ، واذا أبرأ المضمون له الضامن من الدين فلا يرجع هذا على المضمون عنه بشيء ، وإذا أبرأه من البعض ، وأخذ منه البعض رجع عليه بما أدى فقط ، ومما استدلوا به على ذلك ان الامام الصادق (ع) سئل عن رجل ضمن عن آخر ضماناً ، ثم صالح عليه ؟ قال : ليس للضامن إلا الذي صالح عليه .

وإذا دفع الضامن للمضمون له عروضاً رجع الضامن على المضمون عنه بقيمة العروض ان كانت بمقدار الدين ، أو أقل ، وان زادت عنه رجع بالحق الذي ثبت في ذمته للمضمون له .

ترامي الضمناء :

يصح ان يضمن ثانٍ عن الضامن الأول ، ويضمن عن الثاني ثالث، وهكذا ، لأنه عقد تام الشروط فيجب الوفاء به ، ويرجع الثالث بما اداه على الثاني ، والثاني يرجع على الأول ، والأول على المضمون له الأصيل ، والشروط في الجميع هي الشروط .

مسائل :

١ – يجوز للضامن أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له ، ولا يرجع الضامن على المضمون عنه مع اذنه في الضمان إلا بما أداه ، كما سبق . وأيضاً يجوز أن يضمن الدين بأكثر منه ، لأن المفروض ان الزيادة لم تقع شرطاً في الدين الذي استدانه المضمون عنه ، كي تكون من الربا ، ولأن للمدين أن يرد الدين بأكثر منه تبرعاً من تلقائه ، ومن هنا لا يجوز للضامن أن يرجع على المضمون عنه إلا بأصل الدين ، حتى ولو دفع للمضمون له أضعافاً .

٢ – إذا كان اثنان في سفينة ، ولأحدهما فيها أمتعة ، وقال الآخر لصاحب الأمتعة التي امتعتك بالبحر ، وعليّ ضمانها، فهل يصح هذا الضمان ، بحيث إذا ألقى الأمتعة بالبحر، وجب على الضامن ان يدفع بدلها ؟

قال الفقهاء : إذا قال له ذلك للخوف على السفينة من الغرق لمكان الثقل صح الضمان بالاجماع دفعاً للضرر، أما مع عدم الخوف فلا يصح الضمان لأنه سفه ، وقد أجمع الفقهاء على عدم صحة الضمان لو قال له : مزق

ثوبك ، أو اجرح نفسك وعلي الضمان . ويأتي البيـــان الأوفى في باب الديات ان شاء الله .

٣ – سبق ان المضمون له لا سبيل له على المضمون عنه، ولكن إذا دفع هذا له الحق برىء هو والضامن . قال صاحب الجواهر: « بلا أشكال ولا خلاف » .

٤ – إذا كان الدين الذي ضمنه الضامن مؤجلاً إلى أمـد معين ، ومات الضامن قبل مضي الأجل ، فان الدين الذي عليه يصبح معجلاً بموته ، ويستوفى من تركته، وقدمنا ذلك في باب الدين، ولكن لا يحق لورثة الضامن الرجوع على المضمون عنه إلا بعد مضي أجل الدين ، لأن الحلول على الضامن بموته لا يستدعي الحلول على المضمون عنه، وكذا لو سقط الضامن من الأجل ، وأدى الدين قبل مضيه ، فانه لا يرجع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء الأجل .

٥ – إذا ضمن من غير اذن المضمون عنه، ولكن بعد ان تم الضمان قال المضمون عنه للضامن : ادّعني ، فهل يرجع الضامن بما أداه ، لمكان الاذن بالأداء ؟

الجواب : كـــلا ، لأن سبب الرجوع هو الاذن بالضمان لا الاذن بالأداء ، اذ الضمان ينقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ، وعليه يكون المضمون عنه بريئاً من الدين ، ويكون قوله : ادعني كقول أي بريء لمن عليه ديون للناس : ادّ ما عليك من ديون .

التنازع :

١ – إذا اختلف الضامن والمضمون له في مقدار الدين المضمون ،

أو في مقدار ما ضمن منه ، أو في اشتراط تعجيل المؤجل فالقول قول الضامن ، لأن الأصل عدم الزيادة .

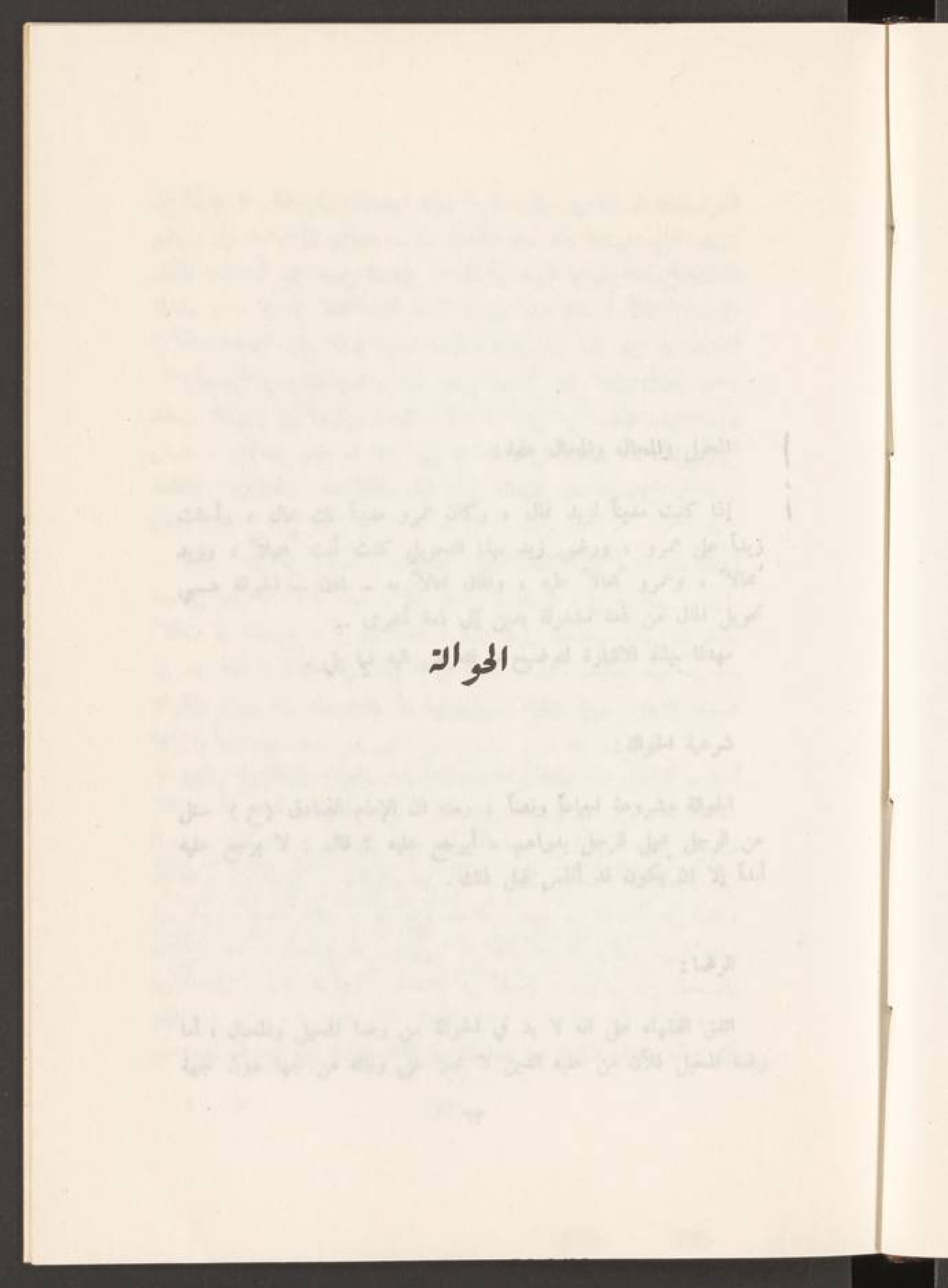
وإذا اختلفا في وفاء الحق ، أو الابراء منه كلاً أو بعضاً ، أو في تأجيل الحال فالقول قول المضمون له ، لأن الاصل بقاء ما كان على ما كان .

٢ – إذا اختلف الضامن والمضمون عنه في الاذن ، فقال الضامن: أذنت لي بالضمان عنك ، وقال المضمون عنه : كلا ، لم آذن فالقول قوله ، وعلى الضامن البينة ، وإذا قال الضامن : قد وفيت الدين عنك للمضمون له ، وأنكر المضمون عنه الوفاء سئل المضمون له ، فان صدق الضامن ألزم المضمون عنه بالأداء ، لأن اقرار المضمون له بوصول حقه اليه حجة عليه، وان انكر المضمون له الوفاء فعلى الضامن البينة .

٣ – اذا انكر الضامن الضمان من الأساس ، وأقام المضمون له البينة على ضمانه ، واستوفى الحق منه كاملاً فلا يجوز للضامن ان يطالب المضمون عنه بشيء ، لان انكاره لاصل الضمان يشكل اعترافاً منه بأن المضمون عنه لم يأذن له بالضمان ، وسبق انه مع عدم الاذن لا يحق له الرجوع عليه .

٤ – إذا كان عليك دين لشخص ، وأذنت لاحد معارفك ان يفي ما عليك من الدين من غير ان يكون قد ضمنه للدائن، وبعد أمد قال : قد وفيت عنك تلبية لرغبتك ، فإذا أنكرت قوله كان عليك الاثبات بأن الدين باقٍ على ما هو ، وعليه اليمين

مع العلم بأنه مدع ، وأنت المنكر ، لأنه أمين بعد الاذن له بالوفاء ، وليس على الأمين إلا اليمين . هـذا اذا لم يعترف الدائن بالوفاء،ومع اعترافه به لا يبقى موضوع للنزاع والاختلاف.



الحوالة

المحيل والمحال علية :

إذا كنت مديناً لزيد بمال ، وكان عمرو مديناً لك بمال ، وأحلت زيداً على عمرو ، ورضي زيد بهذا التحويل كنت أنت مُحيلاً ، وزيد مُحالاً ، وعمرو مُحالاً عليه ، والمال محالاً به — اذن — الحوالة هي تحويل المال من ذمة مشغولة بدين إلى ذمة أخرى ..

مهدنا بهذه الاشارة لتوضيح ما نتعرض اليه فيما يلي .

شرعية الحوالة :

الحوالة مشروعة اجماعاً ونصاً ، ومنه ان الإمام الصادق (ع) سئل عن الرجل يحيل الرجل بدراهم ، أيرجع عليه ؟ قال : لا يرجع عليه أبداً إلا ان يكون قد أفلس قبل ذلك .

الرضا :

اتفق الفقهاء على انه لا بد في الحوالة من رضا المحيل والمحال ، أما رضا المحيل فلأن من عليه الدين لا يجبر على وفائه من جهة دون جهة

من أمواله ، وأما رضا المحال فلأن دينه ثابت في ذمة معينة فلا يتحول إلى غيرها إلا برضاه ، أما المحال عليه فقد اتفقوا على اعتبار رضاه إذا كان غير مدين للمحيل اطلاقاً أو مديناً له بغير جنس المال المحال به ، كما لو كان مديناً بحنطة فيحال عليه بنقد ، لأن الاستيفاء في هذه الحال ، مع عدم الرضا استيفاء للحق من غير من هو عليه .

واختلفوا في رضا المحال عليه المدين للمحيل بمثل المال المحال به ، فذهب المشهور إلى اعتباره أيضاً ، لأنه لا دليل على صحة الحوالة دون رضاه ، والأصل بقاء ما كان على ما كان من اشتغال ذمة المحيل بدين المحال ، واشتغال ذمة المحال عليه بدين المحيل بعد التحويل من غير رضاه .

وقال أكثر من واحد ، لا يعتبر رضا المحال عليه ، ما دام مطلوباً للمحيل بمثل ما أحال عليه ، لأن الناس مسلطون على أموالهم ، سواء أكانت في الخارج ، أو في الذمة ، فكما يجوز لصاحب الحق ان يقول لمن هو عليه : اعطه من الحق الذي عليك ، وان يصالح عليه من شاء بما شاء رضي من عليه الحق أو لم يرض كذلك تجوز الحوالة عليه شاء ، أو أبى .

وبناء على القول المشهور من اعتبار رضا المحال عليه اطلاقاً بريئاً كان ، أو مديناً بالمثل أو بغيره، بناء على ذلك لا بد من رضا الثلاثة: المحيل ، والمحال ، والمحال عليه بشتى أقسامه على ان يتم عقد الحوالة بالايجاب من المحيل ، والقبول من المحال فقط ، أما رضا المحال عليه فهو شرط لصحة العقد ، لا جزء منه ، ويصح منه متقدماً على العقد، ومتأخراً عنه ، ومقارناً له .. وقيل : ان عقد الحوالة مركب من الأيجاب من المحيل ، ومن قبولين : أحدهما من المحال ، والآخر من المحال عليه ..

ومهما يكن ، فان العلامة الحلي في القواعد قد عرف الحوالة بأنها عقد

شُرع لتحويل المال من ذمة إلى أخرى ، وعرفها كثيرون غيره بأنها تحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله ، ويبتني التعريف الأول على ان الحوالة تتحقق مع براءة ذمة المحال عليه ، ويبتني التعريف الثاني على ان الحوالة لا تتحقق إلا مع اشتغال ذمة المحال عليه ، هذا ، مع العلم بأن الجميع على وفاق في ان التعهد من البريء يقع صحيحاً، ولكنه يسمى ضماناً وحوالة عند أهل التعريف الأول ، ويسمى ضماناً فقط ولا يسمى حوالة عند أهل التعريف الثاني ، فالاختلاف — اذن — في الشكل والتسْمية ، لا في الجوهر .

هذا ملخص أقوال الفقهاء ، أما الناس العاديون فإنهم يفهمون من معنى الحوالة ان المدين يحيل الدائن في وفاء دينه على غيره ، ولا يلتفتون اطلاقاً إلى ان المحال عليه مطلوب للمحيل ، أو غير مطلوب .

الشروط :

١ — ان يرضى المحيل ، والمحال ، والمحال عليه ، حسبما تقدم ، أجل ، إذا تبرع متبرع عن المحيل بوفاء دينه فلا يشتَرط رضاه ، كائناً من كان المتبرع ، لأن وفاء الدين وضمانه لا يشتَرط فيه رضا المدين .

٢ — ذهب المشهور إلى ان الحوالة لا بد أن تكون منجزة غير معلقة على شيء تماماً كما هي الحال في الضمان ، فإذا قال المحال للمحيل: قبلت التحويل على فلان بشرط إذا لم يدفع لي رجعت عليك بطل الشرط والتحويل ، وبقي كل شيء على ما كان .

ويلاحظ بأن هذا ان لم يصح تحويلاً فإنه يصح باسم آخر ، والمهم أن يصدق على هذا التعهد وأمثاله اسم العقد عند أهل العرف ، ومتى

صدقت التسمية وجب الوفاء. وسبق البيان في فصل الضمان فقرة «الصيغة».

٣ – أن يكون كل من المحيل والمحال، والمحال عليه أهلاً للتصرفات المالية .. أجل ، يجوز التحويل من المفلس على البريء من ديونه ، لأنه نظير الاقتراض منه الذي يصح باتفاق الفقهاء .

٤ – أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل للمحال ، سواء أكان ثبوته مستقراً ، كالقرض وثمن المبيع اللازم ، أو غير مستقر، كمهر الزوجة قبل الدخول وثمن المبيع في زمن الخيار ، فالمهم ان يكون ثابتاً في الذمة بأي نحو من أنحاء الثبوت ، أما اذا لم يكن ثابتاً في الذمة أصلاً فيكون وكالة بلفظ التحويل ، اذ لا يشترط في الوكالة لفظ خاص ، فإذا قال لك قائل غير مدين لك بشي. قال: قد احلتك بالدين الذي لي على فلان فاقبضه منه كان هذا وكالة بلفظ الحوالة ، فاذا قبضت المال يبقى في يدك أمانة لصاحبه .

ولا فرق في الحق المحال به بين أن يكون عيناً كالدراهم والحبوب، أو منفعة كمن استأجر آخر ليوصله بالسيارة الى بلد معلوم ، أو عملاً كمن استأجره ليبني له حائطاً دون أن يشترط عليه المباشرة بنفسه ، فان الحوالة تصح في ذلك كله .

وتسأل : اذا قال انسان لآخر : اقرضني وخذ عوضه من زيد فرضي المخاطب بالاقراض والأخذ من زيد ، كما رضي زيد بالوفاء ، فهل يصح مثل هذا ؟ وفي حال الصحة فمن أي باب يكون ، مع العلم بأنه ليس ضماناً بالمعنى الأخص ، ولا حوالة ، لأن المفروض ان ذمة القائل لم تشتغل بعدُ بالقرض .

وأجاب السيد صاحب العروة الوثقى : « بأن هذا صحيح من باب الحوالة ، لصدق اسمها عليه » .

والأولى في الجواب هو ما سبق مرات من انـه ليس من الضروري إذا لم يصح حوالة ، ولا ضماناً بالمعنى الأخص ان لا يصح اطلاقـاً ، ولو باعتبار آخر ، وهو ان يكون هذا تعهداً مستقلاً بنفسه، كسائر العقود غير المسماة التي يحكم بصحتها ووجوب الوفاء بها لمجرد صدق اسم العقد عليها في نظر أهل العرف .

ولو اشترط المحال عليه تأجيل الوفاء ، ورضي المحال صح ، وان كان الدين حالاً . ولو اشترط المحال التعجيل ورضي المحال عليه صح أيضاً ، وان كان الدين عليـه مؤجلاً ، عملاً بحديث « المؤمنون عند شروطهم » .

٥ – ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر ، وصاحب مفتاح الكرامة الى انه يشترط علم الثلاثة بجنس ومقدار المحال به ، لأن الجهل يستدعي الغرر ، ويتعذر معه الوفاء ، والأخذ والعطاء .

٦ – أن يكون المحال عليه قادراً على الوفاء وقت الحوالة ، أو علم المحال باعسار المحال عليه ورضي بالتحويل ، أما إذا جهل الاعسار عند التحويل ، ثم علم فله حق الفسخ والرجوع على المحيل .

وإذا كان عند التحويل ملياً، ثم تجدد الاعسار فلا فسخ . فلقد سئل الإمام الصادق (ع) عن الرجل يحيل الرجل على الصيرفي، ثم يتغير حال الصيرفي ، أيرجع على صاحبه إذا أحيل عليه ورضي ؟

قال الإمام : لا .

والمفهوم من تغير حال الصيرفي افلاسه بعد ان كان ملياً عند التحويل.

لزوم الحوالة وبراءة ذمة المحيل:

متى تمت الشروط صحت الحوالة ، ولزمت بحق الثلاثة ، ولا يجوز

لواحد منهم العدول عنها ، وتبرأ ذمة المحيل من دين المحال ، وتشتغل ذمة المحال عليه ، ولا يحق للمحال أن يطالب المحيل بشيء ، حتى وان لم يستوف من المحال عليه ، لأن معنى الحوالة هو تحويل الدين من ذمة إلى ذمة ، كما يدل عليه لفظ الحوالة ، ولو بقيت ذمة المحيل مشغولة بالدين لما كان للفظ الحوالة وما يتفرع عنها أي معنى تدل عليه .. هذا، إلى ان الإمام الصادق قد سئل عن الرجل يحيل الرجل بالمال ، أيرجع عليه ؟ قال : لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس ، أي أفلس قبل التحويل .

وقال بعض الفقهاء : لا تبرأ ذمة المحيل ، حتى يقول له المحال : قد ابرأت ذمتك من الدين استناداً إلى رواية أهملها الفقهاء .

وإذا كانت ذمة المحال عليه مشغولة للمحيل بمثل ما أداه عنه برئت ذمته من دينه ، وإذا كانت مشغولة بغير المثل يتحاسبان .

ويجوز لكل واحد من الثلاثة ان يشترط الخيار في فسخ الحوالة ، لعموم أدلة وجوب الوفاء بالشرط .

ترامي الحوالات :

اتفقوا على ان الحوالات يجوز ترامیها : وهي ان يتحد المحال ، والمال والمحال به ، ويتعدد المحال عليه ، مثال ذلك ان يكون لك دين على زيد ، فيحيلك زيد على عمرو ، ثم يحيلك عمرو على خالد، وخالد على ابراهيم ، فجميع هذه الحوالات صحيحة ، مع الشروط المتقدمة .

التحويل من المشتري والبائع :

إذا بعت متاعاً لزيد ، وأحالك زيد بالثمن على ثالث ، ورضي الجميع

بالحوالة ، أو أحلت أنت ثالثاً على زيد بقبض الثمن منه ، ثم رد زيد المبيع عليك بسبب مشروع ، فهل تبطل الحوالة ؟

والجواب يستدعي التفصيل بين أن يكون الرد لبطلان البيع من الأساس، كما لو تبين ان المبيع وقف ، وبين ان يكون الرد بفسخ البيع لاحد الخيارات ، فان كان الرد لبطلان البيع بطلت الحوالة اطلاقاً ، سواء أكان المشتري هو الذي احال البائع على ثالث ، أو ان البائع هو الذي احال الثالث على المشتري ، أما بطلان الحوالة إذا كان المشتري هو المحيل فواضح ، لأن الحوالة انما تصح إذا كان المحيل مديناً للمحال ، وقد تبين من بطلان البيع ان المشتري غير مطلوب بشيء للبائع ، واما بطلان الحوالة إذا كان البائع هو المحيل ، والمشتري هو المحال عليه فلأن التحويل على المشتري انما كان من حيث اشتغال ذمته بالثمن ، وقد تبين العكس ، فتبطل الحوالة ، حتى على القول بجواز الحوالة على البريء ، وبكلمة ان التحويل لم يكن على المشتري ، حتى ولو كان بريئاً ، بل كان التحويل على اشتغال ذمته بالثمن التي تبين انها غير مشغولة به .

وإن كان الرد بسبب فسخ البيع لا بطلانه صحت الحوالة ، لوقوعها في حال اشتغال ذمة المشتري بالثمن ، لأن الفسخ لا يبطل البيع من أساسه ، بل من حين الفسخ ، والمفروض ان التحويل كان قبل الفسخ، وحين صحة البيع ، فيكون صحيحاً ، تماماً كما لو اشترى البائع بثمن المبيع ثوباً ، ثم رد المشتري المبيع بالخيار ، فلا يبطل شراء الثوب ، ولا يكون ملكاً للمشتري ، بل يرجع المشتري على البائع بالثمن ، ما دام باقياً ، وببدله مع التلف .

وبالايجاز ان تحويل المشتري للبائع على ثالث ، وتحويل البائع للثالث على المشتري يبطل مع بطلان البيع ، ويصح مع فسخه ، وفي حال البطلان يبقى الثمن على ملك المشتري يطالب به أينما كان ، وفي حال الصحة يرجع المشتري بعد رد المبيع على البائع ، حتى ولو كان المشتري

قد أحال البائع على ثالث ، ولم يكن قد قبض البائع بعدُ من الثالث ، لأن التحويل الصحيح تماماً كالاستيفاء[1] .

التنازع :

إذا أدى المحال عليه المال المحال به، ثم رجع على المحيل، وطالبه بما أداه عنه ، فقال المحيل : ان الذي أديته كان ديناً لي في ذمتك ، وأنكر المحال ذلك ، وقال : كلا ، ليس لك علي شيء فالقول قول المحال عليه ، وعلى المحيل البينة ، لأن الأصل براءة ذمته ، حتى يثبت العكس .. أجل ، من اشترط لصحة الحوالة ان تكون ذمة المحال عليه مشغولة للمحيل يكون القول قول المحيل ، حيث يكون الشك ، والحال هذي ، في صحة الحوالة ، وأصل الصحة مع المحيل فيكون القول قوله ، لا قول المحال عليه الذي يدعي فساد الحوالة ، ولكن قد عرفت ان المشهور على خلاف ذلك .

وتسأل : ان المحال عليه يدعي شغل ذمة المحيل ، والمحيل ينكر ذلك ، وبديهة ان الأصل براءة الذمة ، حتى يثبت العكس ، وعلى هذا يكون المحيل منكراً ، والمحال عليه مدعياً ، حتى ولو لم نشترط لصحة الحوالة شغل ذمة المحال عليه .

ونجيب بأن الشك في شغل ذمة المحيل مسبب وناشىء عن الشك في شغل ذمة المحال عليه ، فاذا أجرينا أصل براءة ذمة المحال عليه ينتفي الشك في براءة ذمة المحيل، ونعلم يقيناً بشغل ذمته ، لأن الأصل السببي

---

[1] وفصل جماعة من الفقهاء من جهات أخرى غير الجهة التي ذكرناها ، وأطالوا الكلام ، والذي ذكرناه عليه كثيرون من أقطاب الفقه ، بخاصة المراجع في هذا القرن ، منهم السيد اليزدي والشيخ النائيني في العروة الوثقى ، والسيد أبو الحسن في وسيلة النجاة ، والسيد الحكيم في الجزء الثاني من منهاج الصالحين .

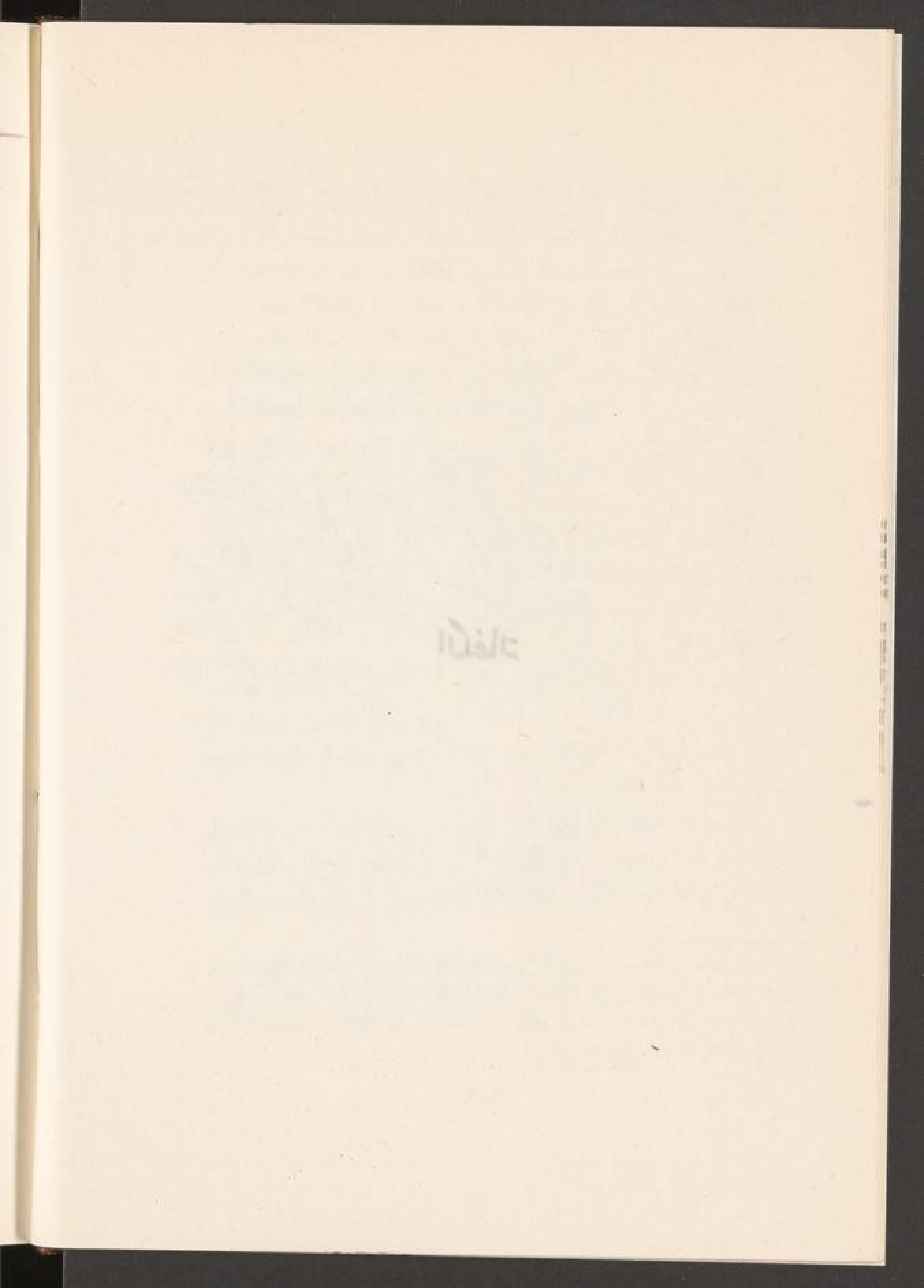
حاكم على الأصل المسببي ، كما تقرر في علم الأصول .

٢ - إذا كـان لشخص عليك دين ، وقلت له : وكلتك بقبض ما لي من دين على فلان،وبعد ان قبضه منه قال لك : احلتني بديني الـذي لي عليك ، وأردت من لفظ الوكالة الحوالة . وقلت أنت : كلا ، اني وكلت ، وما أردت من اللفظ إلا مدلوله ومعناه الحقيقي ، فإذا لم يكن هناك قرينة تعين أحد المعنيين كان القول قولك عملاً بظاهر اللفظ .

واذا قلت له : أحلتك ، ثم ادعيت انك أردت الوكالة، لا الحوالة انعكس الأمر ، وكان القول قوله لنفس السبب .

وإذا لم يجر بينكما لفظ الوكالة ، ولا لفظ الحوالة ، وانما جرى لفظ آخر ، ثم وقع الاختلاف في انه وكالة أو حوالة فالقول قول من ينكر الحوالة ، وعلى مدعيها الاثبات ، لأن معنى الحوالة - كما سبق - نقل المال من ذمة إلى ذمة ، والأصل عدم النقل ، وبقاء المال المقبوض على ملك مالكه ، وبقاء الدين في ذمة المدين ، حتى يثبت العكس .

الكفالة



معناها :

الكفالة عند الفقهاء تعهد من الكفيل للمكفول له باحضار غريمه متى طلبه من الكفيل ، كي يستوثق من حضوره ، ولا يغيب عند طلبه ، قال صاحب الجواهر : « ان المتيقن من مورد الكفالة التعهد باحضار النفس المستحق عليها الاحضار بسبب حق ،ولو لدعوى المكفول له عليها، نعم لا تصح في الحدود لقول الرسول : « لا كفالة في حد » .. فالكفالة — اذن — تتعلق بثلاثة أشخاص : كفيل ، ومكفول له ، ومكفول .

الشروط :

يشترط في الكفالة :

١ — العقد ، وهو من مقومات الكفالة لا من شروطها[1] ويتحقق بالايجاب من الكفيل ، والقبول من المكفول له ،ومن هنا أجمع

---

١ الفرق بين الركن والشرط ان ركن الشيء داخل فيه ، وجزء منه ، والشرط خارج عنه ، وذكرناهما معاً في فقرة واحدة لان النتيجة واحدة من كل منهما ،حيث يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده الوجود ، وهكذا نفعل في بقية الابواب ، لسبب نفسه .

الفقهاء على اعتبار رضاهما ، واختلفوا في رضا المكفول ،فذهب المشهور إلى عدم اعتباره ، واحتجوا بأن الكفيل كالوكيل ، والمكفول كالشيء الموكل عليه ، فكما لا يعتبر رضا الموكل عليه في الوكالة كذلك لا يعتبر رضا المكفول .. هذا التعليل قد جاء في كتاب الجواهر ، والحدائق ، ومفتاح الكرامة .

ولست أعرف قياساً أوهى من هذا القياس .. والأولى أن يقال : ان من عليه حق للغير فهو ملزم به ، ومسؤول عنه ،رضي أو لم يرض ، ومن لا حق عليه للغير لا يصح الزامه إلا برضاه ، وبديهة ان الكفيل لا حق عليه قبل الكفالة ، والمكفول له هو صاحب الحق ، فلا يلزمان إلا بما ألزما به أنفسهما ، أما المكفول فهو اما مدين ،واما مدعى عليه ، والمدين مسؤول أمام دائنه ، وملزم باداء حقه ، والمدعى عليه مسؤول أمام المدعي ، وملزم بالحضور في مجلس الحكم ، شاء ، أو أبى ، ومن أجل هذا اعتبر رضاهما دون رضاه .

٢ ـ ان يكون الكفيل عاقلاً بالغاً قادراً على احضار المكفول ، فلا تجوز كفالة الضعيف القوي ، لعجزه عن احضاره ، ولا لولي المجنون والصبي ان يكفل أحداً نيابة عنهما .. ويجوز ان يقبل الكفالة لهما ، فإذا كان لأحدهما حق على من يخشى تغيبه ، وكفله آخر فان للولي ان يقبل الكفالة لمن له الولاية عليه ، إذا توافرت الشروط في الكفيل .

٣ ـ أن يكون المكفول معيناً ، فلا يصح كفلت احد هذين ، أو كفلت هذا ، أو ذاك ،لأن الغرض من الكفالة احضار المكفول بعينه ، ويتعذر ذلك مع الجهل به .

٤ ـ قال جماعة من الفقهاء : يشترط التنجيز في الكفالة ، فلو قال :

أنا كفيل باحضاره ، ان لم يحضر فلا يصح ، لأن الكفالة لا بد فيها من الجزم ، ولا جزم ، مع التعليق .

وتقدم أكثر من مرة ان عموم أوفوا بالعقود يهدم هذا الشرط اذا صدق اسم العقد عند أهل العرف .

٥ - ان يكون المكفول مطلوباً بحق من حقوق الناس من مال ، أو عقوبة قصاص ،أو الحضور الى مجلس الحكم للتخاصم في أية دعوى مسموعة .. فلا تصح الكفالة في حقوق الله سبحانه ، لأن المرغوب فيه التساهل فيها ، وانها تدرأ لادنى شبهة ، قال صاحب مفتاح الكرامة في المجلد الخامس ص٤٣٠ طبعة أولى: « فان كانت حقوق الله سبحانه، كحد الزنا والسرقة والشرب لم تصح الكفالة عند علمائنا أجمع ،لأن الكفالة للتوثيق ، وحقوق الله مبنية على الاسقاط ، وينبغي السعي في دفعها - أي عدم ايقاعها - ما أمكن ، كما عرّض رسول الله (ص) لما عز بالرجوع والانكار » .

ولا يشترط العلم بمقدار المال المطلوب به المكفول،لأن الكفالة تعلقت باحضاره ، لا بالحق الذي في ذمته .

ومتى تمت الشروط كانت الكفالة لازمة لا يجوز للكفيل،ولا المكفول له الفسخ والعدول ، ويجوز لهما التقايل ، واشتراط الحق في الفسخ أمداً معيناً ، لعموم أدلة وجوب الوفاء بالشرط .

التعجيل والتأجيل :

اتفقوا على ان الكفالة تصح مؤجلة ، واختلفوا في صحتها معجلة ، والمشهور على الصحة ، وعدم اشتراط التأجيل ، لأن أدلة الكفالة عامة

تشمل الحالين ، تماماً كما هو الشأن في الدين ، ويشترط رضا المكفول إذا كان الحق مؤجلاً ، والكفالة حالة .

وإذا أطلقت الكفالة ، ولم تقيد بأجل تكون حالة ، وإذا قيدت به يجب أن يكون معيناً تعييناً لا يختلف زيادة ولا نقيصة ، كما هي الحال في كل قيد .

وإذا كانت حالة وجب على الكفيل احضار الغريم عند طلب المكفول له ، وإذا كانت مؤجلة فليس له أن يطالبه به إلا بعد مضي الأجل .

وذهب المشهور بشهادة صاحب الحدائق إلى أن الكفيل إذا أحضر الغريم قبل الأجل فلا يجب على المكفول أن يتسلمه منه ، لأن التسليم غير واجب فالتسلم كذلك،بخاصة إذا كان للمكفول له مانع من تسلمه .

مكان التسليم :

إذا عينا مكاناً للتسليم تعين ، ولا يبرأ الكفيل لو سلمه في غيره عملاً بالشرط ، وان أطلقا الكفالة ، ولم يعينا مكاناً ينظر : فان انصرف الاطلاق الى مكان معين كبلد العقد فهو ، وان لم ينصرف إلى بلد خاص ، ولا قرينة تدل على التعيين،بحيث يكون مبهماً فالقواعد تستدعي بطلان الحوالة ، للجهل والغرر .

انقياد المكفول :

يجب على المكفول ان يحضر مع الكفيل إذا طلبه منه المكفول له في حينه ، سواء أكانت الكفالة بإذن المكفول ، أو من غير اذنه ، أما الأول فواضح ، واما الثاني فلأن الكفيل بمنزلة الاصيل ، ومن عليه الحق يجب عليه الحضور متى طلبه صاحب الحق،حتى ولو لم يكن مكفولاً .

تسليم المكفول :

إذا أحضر الكفيل الغريم في الوقت والمكان ، وخلى بينه وبين المكفول له يبرأ الكفيل من حق الكفالة ، سواء أقبله المكفول له ، أو لم يقبله، استوفى حقه منه ، أو لم يستوف ، لأن الكفالة تعلقت باحضار الغريم، وقد أحضره ، وقام بالتزامه ، فلم يبق عليه من سبيل .

وان امتنع الكفيل عن تسلمه في الوقت والمكان رفع المكفول له الأمر الى الحاكم . وقال جماعة : ان على الحاكم ان يحبسه ، حتى يحضر الغريم، أو يؤدي عنه ، واستدلوا بما روي عن الامام الصادق (ع) ان علياً أمير المؤمنين جيء له برجل قد كفل رجلاً ، فقال : احبسوه ، حتى يأتي بصاحبه .

والحق ان الحاكم لا يجوز له حبس الكفيل فوراً ، وقبل النظر في أمره ، بل يجب عليه قبل كل شيء التثبت والبحث عن حاله ، فان كان قادراً على احضاره ، أو الوفاء عنه ، ومع ذلك امتنع تمرداً وعناداً جاز له حبسه ، لأن الكفالة تقتضي احضار الغريم ، أو الاداء عنه مع القدرة ، فان امتنع صدق عليه الحديث الشريف : « لي الواجد يحل عقوبته » .

وان كان الكفيل عاجزاً عن احضار الغريم ، لهرب ، أو لغيبة منقطعة فلا يجوز ان يطلبه الحاكم ولا غير الحاكم من الكفيل ، لأنه تكليف بغير المقدور ، واذا لم يجز التكليف بالاحضار فلا يجوز الحبس من أجله ، ومتى ثبت عجز الكفيل عن احضار الغريم : فان كان الحق المطلوب من الغريم مالاً ، أو يمكن التعويض عنه بمال ، وثبت هذا الحق بالبينة، وكان الكفيل قادراً على الوفاء أمره الحاكم به ، فان امتنع جاز حبسه ، لأن الكفيل وثيقة على الحق ، كالرهن فاذا تعذر الاستيفاء ممن عليه الحق استوفي من الوثيقة ، مع الامكان .

أما اذا كان الكفيل عاجزاً عن الوفاء ، أو كان الحق الذي على الغريم لا يمكن التعويض عنه بالمال ، كدعوى النسب ، وما اليها فلا يجوز حبسه اطلاقاً ، بل يجب الصبر والانتظار الى حين القدرة .. أجل، يجب على الكفيل ان يسعى ويبذل الجهد لاحضار الغريم ، واذا كان غائباً في مكان معلوم ، وطلب الكفيل الامهال بمقدار ما يذهب اليه ، ويعود اجيب الى طلبه بالاتفاق .

وتسأل : لقد ثبت عن أهل البيت ان أمير المؤمنين (ع) كان يحبس الكفيل دون ان يبحث عن حاله ، فما هو المصدر لهذا التفصيل ؟

والجواب ان التفصيل الذي ذكرناه يحتمه العقل وأصول المذهب، أما فعل أمير المؤمنين (ع) فانه محمول على ان الكفيل كان قادراً على احضار الغريم ، ومع ذلك امتنع عنه ، والشاهد على هذا الحمل قبح الظلم ، والتكليف بغير المقدور .

رجوع الكفيل على المكفول :

اتفق الفقهاء على ان الكفيل اذا أدى عن الغريم دون أن يأذن له بكفالته ولا الاداء عنه لا يرجع عليه بشيء مما أداه ، لأنه متبرع ، وإذا أدى عنه بإذنه رجع عليه ، وطالبه بما أداه ، حتى ولو لم يكن قد أذن له بالكفالة .

واختلفوا فيما إذا اذن له بالكفالة دون الأداء ، فمن قائل بأن الأذن بالكفالة كاف لجواز الرجوع عليه ، لأن الاذن بها اذن بالأداء .. ومن قائل بعدم جواز الرجوع ، لأن الكفالة تتعلق بالاحضار ،والأداء متعلق بالمال ، ولا ملازمة بين الاثنين .

والحق ان الاذن بالكفالة لا تأثير له ، وان الكفيل لا يرجع على الغريم بما أداه عنه إلا لأحد أمرين : الأول ان يأذن له بالأداء عنه ،

وفي هذه الحال يرجع عليه ، حتى ولو لم يكن قد اذن بالكفالة ، الثاني ان يتعذر على الكفيل احضار الغريم ، وان يريد الحاكم حبس الكفيل اذا لم يؤدِ عن مكفوله ، فيؤدي الحق عنه ، ليدفع الضرر عن نفسه ، فيرجع عليه أيضاً ، وان لم يأذن له بالكفالة ، لأنه لا يُعد متبرعاً .

أما إذا كان قادراً على احضاره ، ومع ذلك لم يحضره ، وأدى عنه دون أن يراجعه ويأذن له بالأداء فانه — والحال هذي — لا يرجع عليه، حتى ولو كان قد اذن له بالكفالة ، لأنه متبرع .

اطلاق الغريم :

إذا كان غريمك في يدك ، وقبل ان تستوفي حقك منه جاء آخر ، وخلصه منك ضمن احضاره أو الأداء عنه .. وليست هذه المسألة من الكفالة في شيء ، ولكن الفقهاء ذكروها هنا لأن حكمها حكم الكفالة .

واستدلوا على ذلك بأن المطلق سبب لتفويت الحق ، وبأن سائلاً سأل الإمام الصادق (ع) عن رجل قتل رجلاً عمداً ، فرُفع إلى الوالي ، وسلمه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه ؛ فوثب عليهم قوم ، فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء ؟ فقال الإمام (ع) : يحبس الذين خلصوا القاتل ، حتى يأتوا به . قال السائل : فان مات القاتل،وهم في السجن؟ قال الإمام : عليهم الدية يؤدونها جميعاً إلى أولياء المقتول .

ترامي الكفالات :

يجوز ترامي الكفالات ، كما هو الشأن في الضمان والحوالة،لأن المعيار في صحة الحوالة هو ثبوت الحق على المكفول ، ولو كان هذا الحق الكفالة نفسها ، ومثال ذلك أن يكفل رجل المدين ، ثم يكفل الكفيل

ثانٍ ، والكفيل الثاني يكفله ثالث ، وهكذا ، وإذا أحضر الثالث مكفوله الثانيّ برىء الثالث وحده ، وكان الثاني مسئولاً عن احضار مكفوله ، وإذا أحضر الكفيل الأول الأصيل الذي تعلق الحق به للمكفول له برىء الجميع ، لأنهم فروع عنه .

تسليم احد الكفيلين :

ذهب المشهور بشهادة صاحب الحدائق إلى أنه إذا تكفل اثنان رجلاً ، ثم سلمه أحدهما للمكفول له برىء الثاني أيضاً من حق الكفالة ، لأن الغرض هو التسليم ، وقد حصل ، بل لو سلم المكفول نفسه من تلقائه ، أو سلمه أجنبي برىء الكفيل ، لأن الكفالة ليست بأعظم من الدين ، حيث تبرأ ذمة المدين منه ، إذا تبرع بالوفاء متبرع .

موت الكفيل والمكفول :

ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر إلى ان المكفول إذا مات برىء الكفيل من الكفالة ، لارتفاع موضوعها ، وأيضاً تبطل بموت الكفيل ، ولا شيء على ورثته .

أما موت المكفول له فلا يبطلها ، بل ينتقل الحق إلى ورثته ، ولهم مطالبة الكفيل باحضار الغريم ، وإذا نقل المكفول له الحق الذي له على المكفول ، نقله إلى غيره ببيع أو صلح أو حوالة بطلت الكفالة ، لأن النقل بالارث غير النقل بالمعاوضة ، لأن الارث يقتضي نقل جميع ما كان للموروث من حق الى الوارث ، أما المعاوضة فتقتصر على ما وقع عليه العقد ، وعقد الكفالة كان بين الكفيل والمكفول له ، فاذا نقل

المكفول له حقه عنه الى غيره ذهب ركن من أركان العقد ، فيبطل لارتفاع موضوعه .

التنازع :

إذا اعترف كل من الكفيل والمكفول له بالكفالة ، ثم قال الكفيل للمكفول له : وقعت الكفالة فاسدة ، لأنه لا حق لك على المكفول .. وقال المكفول له : بل هي صحيحة كان القول قوله بيمينه، لأن الأصل صحة العقد ، حتى يثبت العكس .. واذا حلف المكفول له على صحة الكفالة ، وأثبت دينه على المكفول عند الحاكم ألزم به الكفيل،ولا يرجع بما اداه على المكفول ، لاعترافه ببراءة ذمته .

وإذا اعترف الكفيل بصحة الكفالة ، ولكنه قال للمكفول له : لقد أدى الغريم ما لك عليه من حق ، او قال ابرأته منه وأنكر المكفول ذلك فالقول قول المكفول له أيضاً ، لأن الاصل بقاء ما كان على ما كان ، واذا حلف المكفول له اليمين على عدم الاداء والابراء سقطت دعوى الكفيل .. واذا رد المكفول له اليمين على الكفيل ، وحلف الكفيل سقطت الكفالة فقط ، وبقي الحق بين المكفول له والمكفول قائماً ، لأن الانسان لا يبرأ بيمين غيره .

ولو ان المكفول جاء بعد انتهاء الدعوى بين الكفيل والمكفول له ، وقال للمكفول له : أديتك ما عليّ ، أو قال : ابرأتني منه ، فعلى المكفول له ان يحلف أيضاً للمكفول على عدم الابراء والاداء،ولا يُكتفى بيمينه الاولى للكفيل،لأن الهدف من الدعوى الاولى بين الكفيل والمكفول له هو ثبوت الكفالة ، والابراء والاداء انما ذكر وسيلة لابطال الكفالة، وليسا موضوعاً ولا غاية للدعوى ، أما الهدف من الدعوى الثانية بين المكفول له والمكفول فهو الابراء أو الأداء بالذات بصرف النظر عن

الكفالة ، وبهذا يتضح انه لا تلازم بين الدعويين .

وإذا رد المكفول له اليمين على المكفول ، وحلف هذا سقط الحق عنه وعن الكفيل أيضاً ، لأن الكفالة فرع عن ثبوت الحق على المكفول. وبكلمة ان سقوط الحق عن المكفول يستدعي قهراً سقوط الكفالة ، أما سقوط الكفالة فلا يستدعي سقوط الحق عن المكفول .

الصلح

الكفالة (١) وبهذا يتضح لنا أن الالتزام بين المدينين .

وإذا رد المكفول له الدين على المكفول ، برئت ذمته ، وسقط الحق منه ومن الكفيل أيضاً ، لأن الكفالة فرع من ثبوت الحق على المكفول. ويمكننا أن سقوط الحق عن المكفول يستدعي فوراً سقوط الكفالة ، أما سقوط الكفالة فلا يستدعي سقوط الحق عن المكفول.

تعريفه :

عرّف كثير من الفقهاء الصلح بأنه عقد شرع لقطع التنازع بين المتخاصمين بتراضيهما .

والمفهوم من هذا التعريف ان الصلح لا بد فيه من قيام نزاع بين المصطلحين ، وانه لا يصح إذا وقع دون سبق التخاصم والتجاذب ، مع ان الفقهاء أجمعوا بشهادة صاحب الجواهر ، والحدائق ، ومفتاح الكرامة ، وغيرهم على جواز الصلح وصحته ابتداء دفعا لتخاصم محتمل ، قال صاحب الجواهر في أول باب الصلح : « يصح في رفع منازعة متوقعة محتملة ، وان لم تكن سابقة .. فاشتراط السبق في مفهومه غفلة واضحة » . وتدل على ذلك الآية الكريمة من سورة النساء : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليها ان يصلحا بينهما والصلح خير » .

وغير بعيد أن يكون هذا التعريف مبنياً على الغالب ، فان أكثر ما يكون الصلح بعد الخصومة والمنازعة .. وقال أكثر من فقيه : ان الحكمة من تشريع الصلح هي قطع التخاصم ، والذين عرفوا الصلح بذلك نظروا إلى هذه الجهة ، والمعروف ان القواعد الحكمية لا يجب اطرادها في جميع الأفراد ، كما هو الشأن في العدة ، فان الحكمة من تشريعها استبراء الرحم ، ومع ذلك تجب على الزوجة المطلقة التي انقطع عنها الزوج أمداً

يعلم فيه باستبراء رحمها ، وكما هو الشأن في الجنة فان الله سبحانه خلقها للمتقين ، ومع ذلك يُدخل فيها غيرهم .

ومهما يكن ، فان تعريف الفقهاء للعقد ، أي عقد،ليس حداً للحقيقة وبيانها،وانما هو رسم يُقصد به تمييز العقد عن غيره بجهة من الجهات، أو بضرب المثل من أوضح أفراده ومصاديقه .

ويتقوم الصلح بالصيغة،والمصطلحين ، والعوض الذي اصطلحا عليه، والشيء المصالح عنه ،وهو الذي اختلفا فيه،أو خيف حدوث الاختلاف من أجله .

شرعية الصلح :

ذكر الفقهاء أدلة كثيرة على شرعية الصلح ، منها قوله تعالى : « والصلح خير » . وقوله : « وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما — ٩ الحجرات » . وقوله : « ادخلوا في السلم كافة — ٢٨ البقرة » .

وقول الرسول الأعظم (ص) : الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً .

وقول الامام الصادق (ع) : لأن اصلح بين الاثنين احب اليّ من ان اتصدق بدينارين .. وقال للقائم على غلته : إذا رأيت منازعة بين اثنين فافتدها من مالي .

والحق ان شرعية الصلح لا تحتاج الى دليل ، لأنها من ضرورات الدين التي يستدل بها ، ولا يستدل لها ، ومتى احتاج الخير والصلاح الى الدليل على شريعتها ورجحانها ؟.

الصلح قائم بنفسه :

يرى بعض أئمة المذاهب ان عقد الصلح غير قائم بنفسه ، وانما هو فرع من غيره ، ويعتبر بالشيء الذي يقع عليه ، فيكون بيعاً إذا وقع على مبادلة مال بمال ، وهبة إذا تضمن ملك العين بلا عوض ، واجارة إذا وقع على منفعة بعوض ، وعارية إذا كانت المنفعة من غير عوض ، وابراء إذا كان على اسقاط دين .

والمشهور بين الفقهاء الجعفريين ان الصلح عقد قائم بنفسه ، ومنفرد في حكمه ، وغير تابع لغيره ، لأن الأصل في كل عقد الاستقلال وعدم التبعية ، حتى ولو أفاد في بعض الحالات فائدة عقد آخر ، فان هذا الالتقاء لا يستدعي ان يكون فرعاً عما التقى معه بجهة من الجهات .. ان للصلح خصائص كثيرة ، يلتقي في بعضها مع بعض العقود ، ويفترق عنها جميعاً في أنه صالح لنقل الأعيان والمنافع ، وابراء الذمة ، وقطع المنازعات ، وانه يجوز مع العلم والجهل ، والاقرار والانكار ، كما يأتي البيان . ومن خصائصه في التشريعات الوضعية ان التوكيل العام لا يشمله ، فاذا وكل شخص آخر وكالة عامة فلا يجوز للوكيل ان يوقع الصلح نيابة عن موكله إلا بنص خاص .

الشروط :

يشترط في الصلح :

١ – العقد وهو من مقوماته وينعقد بتوافق الايجاب والقبول ، ويصح بكل ما يدل على التراضي ، ولا يعتبر فيه لفظ خاص ، كما يصح كل من الايجاب والقبول من كل من المصطلحين .. فيصح ان يقول المدعي : صالحتك على ما أدعيه عليك بكذا ،

ويقول المدعى عليه : قبلت . ويصح ان يقول المدعى عليه : صالحتك بكذا على ما تدعيه عليّ ، ويقول المدعي : قبلت .. والأفضل ان يكون الموجب هو المدعي، والقابل هو المدعى عليه.

٢ ـ ان يكون كل من المصطلحين أهلاً للتصرف في الحق الذي يقع عليه الصلح من العقل والبلوغ والرشد .

٣ ـ ان يكون محل الصلح ، وهو المصالح عنه وعليه موجوداً ، ومشروعاً لا يحلل حراماً ، ولا يحرم حلالاً .

الجهل بالمصالح عنه :

لا يشترط العلم بما تنازعا فيه ، واصطلحا عنه ديناً كان أو عيناً ، أمكن العلم به ، أو تعذر ، فقد سئل الإمام الصادق (ع) عن رجلين كان لكل منهما طعام عند صاحبه ، ولا يدري كم هو ، فقال كل منهما للآخر : لك ما عندك ، ولي ما عندي ، قال الامام (ع) : لا بأس إذا تراضيا ، وطابت أنفسهما .

وتسأل : ان الجهل يستلزم الغرر ، والغرر مبطل للمعاملة ، وعليه ينبغي بطلان الصلح مع الجهل بالمصالح عنه .

وأجاب صاحب الجواهر عن هذا التساؤل بأن دليل الجواز مع الجهل هو الاجماع ، وقول الإمام (ع) : « لا بأس اذا تراضيا بذلك وطابت به أنفسهما » الذي يشمل حالة الجهل مع امكان العلم وعدمه، وعليه تكون أدلة النهي عن الغرر مختصه بغير الصلح على فرض وجود هذه الأدلة .

وهذا الجواب قريب الى مقاصد الشريعة ، لأن الصلح مبني على التساهل والتسامح، وتنازل المحق عن بعض ما يستحق .. فكما لا يشترط في الاسقاط والابراء أن يكون الحق معلوماً فكذلك الأمر في الصلح ..

هذا ، الى ان الصلح لو لم يجز مع الجهل بالمتنازع فيه لامتنعت أكثر فوائده .

الاقرار والانكار :

يصح الصلح مع الاقرار والانكار ، قال صاحب الجواهر : « الاجماع على ذلك مضافاً الى العمومات » أي عموم أدلة الصلح ، كالآية الكريمة : « والصلح خير » . وحديث : « الصلح جائز » وما الى ذاك ، وفرع الفقهاء على ذلك ان المدعى عليه اذا قال للمدعي : صالحني لم يكن هذا اقراراً منه ، لأن الصلح يجتمع مع الانكار .. وان المدعي اذا أقر بالحق المدعى به يجوز الصلح عليه بقيمته ، وبأقل منها وأكثر وبالمساوي ، ما دام التراضي متحققاً من الطرفين .

وقد فهمت الصلح بين اثنين على شيء خشية التنازع المحتمل ، ولم أفهم للصلح وجهاً مع الاقرار بالحق ، لأن المقر ان أداه كاملاً يكون هذا وفاء منه ، وان زاد عليه تكون الزيادة هبة ، وان تنازل المقر له عن حقه كلاً أو بعضاً كان هذا ابراء .. ومهما يكن ، فالأمر سهل ، والنتيجة واحدة ، وهي الصحة والجواز عند الجميع ، ولا اختلاف إلا بالتسمية .

واذا وقع الصلح بعد الانكار فان كان المدعي مبطلاً في دعواه ، وعالماً بكذبه فيها ، وان المدعى عليه انما صالحه اتقاء للخصومة ، وافتداء للدعوى الكاذبة ، ان كان كذلك ، يصح الصلح ظاهراً ، ويبطل واقعاً ، أي يحرم على المدعي الكاذب أخذ المال الذي وقع الصلح عليه ، لأنه أكل للمال بالباطل ، مع العلم بأن كل من المصطلحين ملزم قضاء بعقد الصلح .. أجل ، لو استندت الدعوى الى شبهة ، أو قرينة يخرج المدعي بها عن الكذب يصح الصلح ظاهراً وواقعاً ، مثال ذلك أن يرى انسان بخط مورثه

ان له مالاً على فلان ، فيقيم الوارث الدعوى عليه بناء على ذلك ، وتتجه اليمين على المدعى عليه ، فاذا صالح هذا الوارث على اسقاط الدعوى بمال فيأخذه حلالاً ،لأن للمدعى عليه سبيلاً للتخلص من الصلح ودفع المال بحلف اليمين،ومع ذلك اختار الصلح عن رضا وطيب نفس .

وان كان المدعي محقاً في دعواه ، وأنكرها المدعى عليه، كي يرضى المحق ببعض حقه ، ورضي هذا بالبعض خوفاً من فوات الكل ، أو دفعاً للخصومة والشقاق يصح الصلح ظاهراً ، ويبطل واقعاً ، ويحرم على المدعى عليه أكل ما تبقى من الحق ، لأنه أكل للمال بالباطل ، قال الإمام الصادق (ع) : اذا كان للرجل على الرجل دين ، فماطله ، حتى مات ، ثم صالح ورثته على شيء فالذي أخذه الورثة لهم ، وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة،فان لم يصالحه على شيء حتى مات ، ولم يُقض عنه فهو كله للميت يأخذه به .

وسئل حفيده الإمام الرضا (ع) عن رجل أودع عنده يهودي أو نصراني أربعة آلاف درهم فهلك ، أيجوز للرجل ان يصالح ورثته،ولا يعلمهم كم كان ؟ فقال الإمام : لا يجوز ، حتى يخبرهم .

وقال صاحب الجواهر : « لو ان شخصاً غصب عيناً من آخر ، ثم صالحه عليها بمال ، تبقى العين على ملك صاحبها،ولا يستثنى منها مقدار ما دفع اليه من عوضها،لفساد المعاوضة من الأساس إلا اذا رضي المدعي باطناً ، وتنازل عن طيب نفس » .

وبالايجاز ان الصلح يصح ظاهراً ، ويقطع النزاع ، ولا يجوز لأحد الطرفين مطالبة الآخر بشيء ، ولكنه لا يغير الواقع عما هو عليه ، فعلى من يعلم بشغل ذمته للمصالح الآخر ان يدفع له الحق كاملاً ، كما ان من أخذ بالصلح شيئاً لا حق له فيه يجب عليه ارجاعه الى صاحبه ، فالمعيار لصحة الصلح واقعاً هو وصول الحق الى أهله ، لا مجرد صيغة الصلح .

الخيار :

اتفقوا على ان عقد الصلح لازم من الجانبين ، لا يجوز لاحدهما العدول عنه إلا برضا الطرف الآخر .. وأيضاً اتفقوا على ان خيار المجلس لا يثبت في الصلح ، لأن حديث : « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » مختص بالبيع ، واختلفوا فيما عداه من الخيارات .

وبعد ان نقل صاحب مفتاح الكرامة اقوال الفقهاء قال : « ان وقع الصلح على معاوضة دخله خيار الشرط ، وان وقع على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يثبت فيه خيار الشرط : لأنه شرع لقطع المنازعة.. ويثبت في الصلح خيار الرؤية والعيب ، وخيار التأخير ، وما يفسد ليومه لمكان الضرر .. فكان المدار على الضرر .. وحيث يجوز الفسخ للعيب فلا ارش» .

وقال صاحب الجواهر : « كل خيار يثبت في البيع فانه يثبت في للصلح إذا كان دليله قاعدة نفي الضرر ، أو غيرها مما يصلح لتناول الصلـح كخيار الغبن ، وتخلف الوصف ، وعدم الوفـاء بالشرط ، واشتراط الخيار ، ونحو ذلك بخلاف ما اختص دليلـه بالبيع ، كخيار المجلس والحيوان .. ولو ظهر في العين عيب يجبر بالفسخ » .

والمتحصل من العبارتين ان خيار المجلس والحيوان لا يثبتان في الصلح، لاختصاص دليلها في البيع ، ويثبت فيه خيار الغبن ، وتخلف الوصف، والشرط ، وخيار اشتراط الخيار ، وخيار العيب دفعاً للضرر الذي تُقدم أدلته ، وتحكم على جميع الأدلة ، حتى أدلة الصلح ولزومـه ، ولكن الذي انتقلت اليه العين المعيبة بالصلح مع جهله بالعيب يخير بين الفسخ، أو الامضاء بلا ارش، لأن الضرر الناشيء من العيب يرتفع بجواز الفسخ فقط من غير حاجة الى الارش . أما ثبوت الارش في البيع فلدليـل خاص ، وقد سبق بيانه في الجزء الثالث فصل خيار العيب .

وليس لنا أية ملاحظة على شيء من ذلك، لأنه وفق الاصول والقواعد

الا ما جاء في عبارة مفتاح الكرامة، وهو « ان وقع الصلح على معاوضة دخله خيار الشرط ، وان وقع على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يثبت فيه خيار » .

حيث لا نرى فرقاً في خيار الشرط بين وقوع الصلح على معاوضة وبين وقوعه على اسقاط الدعوى ، وأي مانع من ان يقول له : صالحتك بألف على ما ادعيه عليك مما لمورثي في ذمتك على شريطة ان لا يتبين انه أكثر من ذلك .. بل لو لم يشترط ذلك ، ثم تبين الغبن الفاحش يثبت له الخيار ، لمكان الضرر .

الاقرار لاحد الشريكين :

إذا كانت عين في يد شخص ، وادعاها اثنان بسبب موجب للشركة بينها ، كما لو قالا : هي ارث من أبينا فصدق صاحب اليد احدهما بمقدار حقه دون الآخر ، اذا كان كذلك يكون المقدار الذي اعترف به لاحدهما شركة بين الاثنين ، ولا يختص بالمقر له وحده ، لاتحاد السبب ، وهو الشركة التي تنطبق على الكل والبعض .

فاذا أجرى الصلح بين من هي في يده ، وبين المقر له على النصف ، وأخذ هذا العوض فان أجاز الصلح شريكه الثاني شاركه بالعوض ، وان لم يجز صح الصلح في الربع خاصة ، وبطل في الربع الذي هو حصة الشريك ، لأن الصلح على مال الغير لا يجوز الا باذنه .

الصلح القهري :

ذكر الفقهاء في باب الصلح مسائل من تزاحم الحقوق المتنازع فيها ، ولا يمكن الجمع بينها كاملة ، ولا يحسم التنازع إلا بتنازل أحد الطرفين

عن تمام حقه ، أو تنازل كل منهما عن جزء منه ، ومع ذلك قد أصر المتنازعان على عدم التنازل عن شيء ، وعندئذ يتولى الحاكم عملية القسمة بينهما قهراً بالعدل والانصاف جمعاً بين الحقين ، حتى كأن المتخاصمين قد اصطلحا على ذلك مختارين ، والفقهاء يسمون هذه القسمة الجبرية بالصلح القهري ، ونعرض فيما يلي طرفاً من مسائلها ، كما جاءت في كتاب الجواهر والحدائق ومفتاح الكرامة .

مسألة الدرهمين :

اثنان معهما درهمان ، فقال أحدهما لصاحبه : هما لي ، وليس لك فيهما شيء . وقال الآخر : هما بيني وبينك ، لك درهم، ولي درهم ، ولم يصطلحا على شيء ورفعا الأمر الى الحاكم ، فعلى الحاكم أن يعطي درهماً ونصف الدرهم لمدعيهما معاً ، ونصف درهم لمن يدعي أحدهما استناداً الى ان الإمام الصادق (ع) سئل عن ذلك ؟ فأجاب : أما الذي قال : هما بيني وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء ، وانه لصاحبه ، ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين .

ووجه العدل والانصاف في هذه القسمة انه لا سبيل الى غيرها ، اذ لو أعطينا كلاً منهما درهماً لعملنا بقول من يدعي المناصفة، وأهملنا قول مدعيهما معاً ، ولو لم نعط مدعي المناصفة شيئاً لعملنا بقول مدعيهما دون قول الآخر ،وكلاهما ترجيح بلا مرجح .. فلم يبق الا ان يختص مدعيهما معاً بدرهم ، لاعتراف صاحبه بأنه لا حق له فيه ، وانما التنازع بينهما في درهم واحد،وكل منهما يدعيه لنفسه دون الآخر،فيقسم بينهما بالسوية، وتكون النتيجة أن يأخذ مدعي الدرهمين درهماً ونصفاً ، ومدعي المناصفة نصف درهم .

وتجدر الاشارة الى ان الحاكم انما يجري هذه القسمة مع عدم البينة

لأحد المتنازعين ، وبعد أن يحلف مدعي الدرهمين ان صاحبه لا يستحق فيها شيء ، ويحلف أيضاً مدعي المناصفة ان الآخر لا يستحق جميع الدرهمين .. أما اذا وجدت البينة لأحدهما دون الآخر فيتعين العمل بها ؛ واذا حلف أحدهما ، ونكل الآخر أخذ بقوله .. ونجري القسمة التي ذكرناها اذا أقام كل منهما بينة ، ولا رجحان لاحداهما عن الأخرى ، أو حلفا معاً ، أو نكلا معاً .

ولا يختص هذا الحكم في الدرهمين فقط ، بل يجري كذلك في كل عين ادعى أحد المتخاصمين انها له وحده ، وادعى الآخر انها مناصفة ، مع اثبات يد الاثنين على العين .

ومثل ذلك ما اذا استودع رجل آخر درهمين ، ثم استودعه ثان درهماً واحداً ، فوضعه مع الدرهمين ، وصادف ان تلف درهم من الثلاثة من غير تفريط ، أو تعد من المستودع ، فيُعطى درهم ونصف الدرهم لصاحب الدرهمين ، ونصف درهم لصاحب الدرهم ، فقد جاء عن الإمام الصادق (ع) انه قضى في مثل هذه المسألة لصاحب الدينارين بدينار ونصف ، ولصاحب الدينار نصف دينار ، وبينا الوجه في ذلك مفصلاً في كتاب اصول الاثبات فصل علم الحاكم فقرة «القضاء على خلاف العلم» .

مثال آخر : إذا كان لشخص ثوب قيمته عشرون درهماً ، ولآخر ثوب قيمته ثلاثون ، ثم اشتبه الثوبان ، ولم يعرف احدهما من الثاني ، ولم يصطلح صاحبا الثوبين على شيء ، اذا كان كذلك يباع الثوبان ويأخذ صاحب الثوب الأغلى من الثمن ثلاثة أخماس ، وصاحب الثوب الآخر خُمسين ، فقد سئل الامام الصادق (ع) عن رجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب ، وآخر عشرين درهماً في ثوب ، فبعث بالثوبين اليها ، ولكن لم يعرف هذا ثوبه ، وذاك ثوبه ؟ قال الامام : يباع الثوبان ، ويُعطى الأول ثلاثة اخماس الثمن ، والآخر خمسي الثمن . قال السائل :

ان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين : اختر أيها شئت . قال الامام: قد انصفه .

الروشن :

الروشن ما يخرج من وجه الحائط ، ويشبه الرف ، ويسمى في لبنان « بلكوناً » . ويجوز لصاحب الدار ان يخرج روشناً وميزاباً ، وما اليه فوق الطريق العامة النافذة التي يخرج منها الى غيرها ، ولا يحق لاحد معارضته جاراً كان أو غير جار على شريطة ان لا يضر بأحد من المارة لأن هواء الطريق ليس ملكاً لمعين ، والكل فيه سواء ، وليس للجار ان يحتج بأن صاحب الدار يشرف عليه من الروشن ، لأن الاشراف غير محرم ، وانما المحرم هو التطلع ، ولو مع عدم الاشراف .. أجل، للجار ان يخرج روشناً فوق روشن جاره ، أو تحته إذا لم يؤدِ الى ظلمة الطريق ، أو الاضرار بالمارة .. وإذا سقط الروشن فللجار ان يسبق صاحبه ، ويضع روشناً مكانه ، وليس للاول منعه ، لانه لم يملك الهواء، وانما كانت له الأولية ، بالسبق ، فإذا زال الروشن زالت الأولية تماماً، كالسبق الى الأمكنة العامة .

وقال جماعة من الفقهاء : إذا كانت الطريق مقطوعة ، أي لا يخرج المار منها الى غيرها فلا يجوز لأحد اخراج الروشن فيها ، وما اليه إلا بإذن سكان هذه الطريق جميعاً ، واذا لم يأذنوا ، أو اذن البعض دون البعض فلا يجوز ان يخرج شيئاً فوق الطريق لأنها ملك للجميع .

أغصان الشجرة وعروقها :

رجل غرس شجرة في أرضه ، فامتدت عروقها أو أغصانها الى ملك الجار ، فعلى صاحب الشجرة تفريغ ملك الغير من ماله بكل سبيل ، وان امتنع صاحب الشجرة فللجار ان يتولى ذلك بنفسه على ان يعطف الاغصان ان أمكن ، وإلا قطعها ، ولا يتوقف ذلك على اذن الحاكم الشرعي ، لأن سبيل هذا الحكم سبيل دابة دخلت في دار الغير أو زرعه فان له اخراجها دون مراجعة الحاكم .. وليس لصاحب الشجرة أن يحتج، ويقول : هذا تصرف في مالي بلا اذن مني ، ولا يجوز التصرف في مال الغير إلا بإذنه ، ليس له ذلك ، لأن هذه القاعدة لا تتأتى في دفع الظلم والضرر .

ولو افترض ان الاغصان اتلفت شيئاً فلا ضمان على صاحبها إلا اذا كان هناك تفريط منه ، كما لو امتنع هو ومنع مالك الأرض من ازالتها، وفي حكم الشجرة الجدار المائل الى ملك الغير .

عمارة المشترك :

حائط أو بيت أو عين ماء ، وما اليها شركة بين اثنين أو أكثر ، وأصاب الشيء المشترك خلل ، وأراد بعض الشركاء عمارته واصلاحه ، وامتنع الآخر ، فهل يجبر الممتنع ، أو لا ؟

للفقهاء في ذلك أقوال ، والذي نراه ان ينظر : فان كان الشيء المشترك قابلاً للقسمة كان للشريك طلب الافراز وانتهاء الشركة بالقسمة،

وان لم يكن قابلاً للقسمة رفع الشريك الأمر الى الحاكم باعتباره ولي الممتنع ،والحاكم ينظر بدوره في الأمر فان رأى ان طالب التعمير والاصلاح يتضرر من تركه أمر شريكه الآخر بالاذن له ، فان امتنع اذن له الحاكم لحديث لا ضرر ولا ضرار ، وان لم يتضرر من ترك التعمير وجب عليه الصبر والانتظار ، لأنه مال مشترك ، فيمتنع التصرف فيه من غير اذن الشريك ، كما هو الشأن في جميع المشتركات الا مع وجود المسوغ ، وهو الضرر ، والمفروض عدمه .

التنازع على السقف :

دار مؤلفة من طابقين : أرضي لشخص ، وعلوي لآخر ، فتداعيا سقف الأرضي الذي هو أرض للعلوي،فمن يكون المدعي ؟ ومن يكون المنكر ؟

قال جماعة من الفقهاء : انه للعلوي . وقال آخرون : بل يقرع بينهما . وقال صاحب الجواهر : الأقوى الاشتراك بينهما .. فان كان لأحدهما بينة دون الآخر فهو له ، والا فان حلفا معاً ، أو نكلا معاً قسم بينهما ، وان حلف أحدهما ، ونكل الآخر فهو للحالف .

انتقال الدعوى بالصلح :

نقل صاحب مفتاح الكرامة عن جملة من الفقهاء انه اذا ادعى رجل على آخر بدين أو عين ، فان لصاحب الدعوى أن يصالح عنها أجنبياً ثالثاً ليس طرفاً في الدعوى كلية ، وتكون النتيجة لهذا الصلح ان يقوم الأجنبي مقام المدعي، ويقول للمدعى عليه : ان الحق الذي عليك لفلان

صار مستحقاً لي بالصلح ، وله ان يقيم البينة على ثبوت هـذا الحق ، ويطلب اليمين من المدعى عليه ان أنكر ،ولا فرق في ذلك بين اعتراف المدعى عليه بالحق قبل الصلح أو عـدم اعترافه ، ولا بين أن يكون الأجنبي المصالح عالماً ثبوت الحق في ذمة المدعى عليه ، أو لا .

الشركة

خيار مستحقاً في بالصلح ، وله أن يقيم البينة على ثبوت الحق ، ويطلب اليمين من المدعى عليه إن أنكر ، ولا فرق في ذلك بين اعتراف المدعى عليه بالحق قبل الصلح أو بعدم اعترافه ، ولا بين أن يكون الأجنبي المصالح عالماً بثبوت الحق في ذمة المدعى عليه ، أو لا .

معناها :

للشركة معنيان : لغوي ، وشرعي ، والأول اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع فيه وقد يكون سببها اضطرارياً كالارث ، أو اختلاط مالين من غير قصد اختلاطاً لا يمكن الفصل معه بينها ، وقد يكون السبب اختيارياً كما اذا اشترك اثنان في شراء عين ، أو قبلاها من الغير بالهبة أو الوصية ، أو نصبا معاً شبكــة أو فخاً لها للاصطياد .

وتسمى هذه الشركة شركة الملك ، وشركة الشيوع ، ولا شأن بها للفقيه بما هو فقيه،لأن وظيفته هي البحث عن الحكم التكليفي كالوجوب والحرمة ، أو الحكم الوضعي كالصحة والفساد ، والشركـــة بمعنى الملك والشيوع ليست من الحكم التكليفي ولا الوضعي في شيء ، لأن الحقوق ان اجتمعت في الشيء تحققت الشركة ، وان لم تجتمــع لم تتحقق .. أجل ، ان شأن الفقيه ان يبين الأحكام المترتبة على شركة الملك من ان ناتج المال المشترك هو للجميع ، وان أحد الشريكين لا يتصرف إلا باذن الآخر ، وان له ان يطالب بالقسمة،ولا يجب عليه الصبر على الشركة، أما بيان معنى المال المشترك وتحديده فليس من اختصاصه كفقيه .

أما المعنى الثاني ، أي الشرعي الذي يبحث عنه الفقيه فهو عقد بين اثنين أو أكثر أنشىء ليكون كل من المالين أو الاموال اشاعة بين جميع الشركاء ، والأغلب أن يكون الغرض من شركة العقد هو التجارة .. وهذه الشركة هي التي يبحث عنها الفقيه .

أقسام الشركة :

للشركة أقسام أربعة :

١ ـ شركة العنـان ، وهي شركة في الأموال ، فيأتي كل من الشريكين بماله ، ويمزجه بمال الآخر ، ويعملان فيه معاً على أن يكون الربح لكل على قدر ماله والخسارة عليه كذلك ، وهذه الشركة جائزة بالاجماع ، بل قيل : لا يجوز غيرها .

٢ ـ شركة الابدان ، وهي ان يتفق اثنان أو أكثر على ان يعمل كل واحد بأجر ، ثم يقتسمون الاجور بين الجميع حسبما يتفقون عليه ، ولا فرق بين ان يكون عمل الجميع من جنس واحد كمحامين ، أو من أكثر من جنس ، كمحام وطبيب .. وقد اتفق الفقهاء بشهادة صاحب الجواهر ، والحدائق ، ومفتاح الكرامة على بطلان هذه الشركة ، لأن الأصل عدم الشركة ، ومجرد التراضي غير كافٍ ما لم يرد النص على جوازه ، كما قال صاحب الجواهر .

والذي نراه ان أي اتفاق بين اثنين أو أكثر فهو صحيح تترتب عليه

جميع احكامه وآثاره إذا كان المحل أهلاً للالتزام به شرعاً ، أي لا يحرم حلالاً ، أو يحلل حراماً .

٣ ـ شركة المفاوضة ، وهي ان يلتزم كل منها للآخر بأن الذي يحصل له من غنم يكون شركة بين الاثنين ، ولا يستثني من ذلك الا قوته وثياب بدنه ، وان ما يلزمه من غرم يكون عليهما معاً ، وهذه الشركة باطلة ايضاً بالاجماع ، لأن لكل نفس ما كسبت ، وعليها ما اكتسبت .

٤ ـ شركة الوجوه ، قال صاحب الجواهر ، والحدائق ، ومفتاح الكرامة : ان لها أكثر من معنى ، وأشهر معانيها ان يجتمع اثنان ممن ليس لهما رأس مال ، ويتفقا على ان ما يشتريه أحدهما نسيئة يكون بينهما ، ثم يبيعاه ، ويؤديا ما على كلٍ ، والزائد بينهما شراكة ، وهذه الشركة باطلة ان قصد كلٌ الشراء لنفسه ، والنتيجة ان يكون الربح له ، والخسارة عليه وحده ، أما إذا وكّل كلٌ منها الآخر بالشراء فإنها تدخل في شركة العنان .. وقد جاء في مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٣٩٢ : « مما انفردت به الامامية ان الشركة لا تصح الا في الأموال » وهي شركة العنان ، وعلى هذا فما نذكره من الشروط والاحكام مختص بالشركة في الاعيان الناشئة عن عقد الشركة بالذات .

الشروط :

١ ـ الصيغة ، وهي من المقومات ، وتتحقق بقول كلٍ من الاثنين :

اشتركنا في كذا ، أو قول احدهما : شاركتك في كذا ، وقبول الآخر ، وما الى ذلك مما يدل على الشركة بوضوح .

٢ – ان يكون كل من الشريكين أو الشركاء أهلاً للتوكيل والتوكل ، لأنه لا يتصرف إلا بإذن من صاحبه ، فيكون وكيلاً عنه ، وموكلاً له .

٣ – ان يكون محل الشركة مالاً من الشريكين ، وموجوداً بالفعل ، وأهلاً للالتزام به شرعاً ، فلا يصح ان يحدثا شركة على مال في الذمة ، ولا في الخمر والخنزير .

٤ – أن يمتزج المالان مزجاً لا يمكن الفصل بينهما ، قال صاحب مفتاح الكرامة : « ان كلمة الفقهاء متفقة على ان المزج شرط في الصحة، فاذا لم يخلطاه لم تصح الشركة » .. وقال صاحب الجواهر : « التحقيق ان يقال بعد الاجماع على كون الشركة عقداً : ان قول اشتركنا لانشاء تحقق الشركة،وصيرورة كل من المالين بين الشريكين على الاشاعة الا انه يشترط في صحة ذلك تحقق المزج .. ومتى حصل مزج بقصد انشاء الشركة من دون قول تحققت ، وكانت كالمعاطاة ، أما المزج القهري المجرد عن ارادة انشاء الشركة فلا يترتب عليه ملك كل منهما الحصة المشاعة في نفس الأمر ، وانما يفيد الاشتباه في كل أجزاء المال » .

والمعنى المتحصل من هذه العبارة ان الشركة الشرعية التي يتكلم الفقيه عنها تتحقق بمزج المالين مع قصد الشركة وارادتها، سواء أقال الشريكان

« اشتركنا » أو لم يقولا ، فان قالا كانت الشركة بالعقد ، والا فهي شركة بالمعاطاة ، والنتيجة واحدة،أما مزج المالين من غير قصد الشركة فلا تتحقق به الشركة الشرعية ، لعدم قصدها وارادتها ، ولا الشركة بمعنى الشيوع ،لأن كل جزء من المال المختلط اما أن يكون لهـذا ، واما ان يكون لذاك ، لا ان كل جزء هو ملك مشاع بين الاثنين .. اذن الشركة شرعاً لا توجد بالقصد وحده ، ولا بالمزج وحده ، بل بهما معاً ، كما ان المزج لا يحقق الشركة بمعنى الشيوع في نفس الأمر والواقع ،وانما يصير مجموع المالين شركة بين المالكين لعدم امكان الفصل بين المالين بعد الخلط والامتزاج .

واذا باع انسان حصة شائعة من ماله بحصة من مال الآخر كذلك ، أو باعه اياها بثمن ، واشترى بالثمن حصة من الثاني تتحقق الشركة في المالين حتماً ، وان لم يتحقق المزج ويتحد المالان ، ولكن هذه الشركة ليست محلاً للبحث هنا ، لأنها تستند الى غير عقد الشركة .

احكام الشركة :

متى توافر في الشركة جميع ما يعتبر فيها صحت ، وترتب عليها الأحكام التالية :

١ – الشركة جائزة من الجانبين ، فللشريك أن يرجع عنها،ويطالب بالقسمة متى شاء ، لأن الناس مسلطون على أموالهم بشتى أنواع السلطة ، ومنها افراز ملكه عن ملك الغير .. ولو اشترط التأجيل وتحديد الشركة الى أمد معين لم يلزم ذلك،وله العدول

عنه ، لأنه شرط في عقد جائز ، والشرط يتبع المشروط في الحكم .

٢ ـ اذا اشترطا أن يكون العمل لأحدهما دون الآخر ، أو ان يعمل كل منهما دون مراجعة الآخر صح ،ولكن الشرط غير لازم ، فيجوز الرجوع عنه متى شاء الشريك ، وان لم يشترطا ذلك فلا يجوز لأحدهما التصرف في مال الشركة إلا باذن الثاني ، لحرمة التصرف في مال الغير ، ومجرد الاشتراك لا يدل على اباحة التصرف في مال الشريك .

٣ ـ اذا أطلقا عقد الشركة ، ولم يبينا مقدار الأسهم يقسط الربح على أصحاب الأموال بنسبة أموالهم ،وقد سئل الإمام الصادق (ع) عن رجل يشارك في السلعة ؟ قال : ان ربح فله ، وان وضع ـ أي خسر ـ فعليه .

وقال صاحب الجواهر : « بلا خلاف في ذلك ، سواء أتساوى الشريكان في العمل ،أو تفاوتا فيه ، بل الأجماع على ذلك والسنة مستفيضة أو متواترة ، مضافاً الى اقتضاء اصول المذهب وقواعده في المشاع ذلك، بل هو مقتضى الأصول العقلية أيضاً » .

واختلف الفقهاء فيما اذا اشترط أحد الشريكين الزيادة له في الربح مع تساوي المالين ، أو اشترط التساوي في الربح والخسران مع تفاوت المالين ، دون أن يكون لمن اشترط الزيادة أية ميزة من نشاط أو أثر في زيادة الأرباح .

فذهب جماعة الى صحة الشركة والشرط ، وآخرون الى بطلانهما معاً ، وثالث الى بطلان الشرط فقط ، واختار صاحب الجواهر القول الأول ،

أي صحه الشركة والشرط ، لأنه شرط عن تراضٍ ، ولا يحلل حراماً، أو يحرم حلالاً ، وقد سئل الامام الصادق (ع) عن رجل شارك رجل رجلاً في جارية له ، وقال : ان ربحنا فيها فلك النصف ، وان كانت وضيعة - أي خسارة فليس عليك شيء ؟ فقال الإمام : لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية .

انتهاء الشركة :

فرق بين انتهاء الشركة ، وبين انتهاء الاذن للشريك بالتصرف في المال المشترك ، فان الشركة لا تنتهي إلا بالقسمة ، أو تلف المال ، ولا أثر لقول الشركاء ، انهينا الشركة ما لم يحصل الافراز .. أجل ، تنتهي بذلك شركة العقد ، لأنه من العقود الجائزة ، أما شركة الملك والشيوع فلا .. وينتهي الاذن بالتصرف بانتهاء الشركة ، أو بجنون المأذون له ، أو موته ، أو التحجير عليه لسفه ، أو فلس ، وتنتقل الشركة الى الوارث بموت الشريك ، وينوب عنه الولي مع الجنون أو السفه .

مسائل :

١ - شخص يملك سيارة ، فاتفق مع سائق على ان ينقل بها الركاب بالأجرة ، وما يرزقه الله سبحانه يكون بينهما بالسوية أو التفاوت ، فهل تصح هذه الشركة ، وعلى تقدير بطلانها فلمن يكون الناتج ؟

اتفق الفقهاء ، كما جاء في مفتاح الكرامة ، على انها باطلة،لأنها انما تصح بالمال من الشريكين ، لا من احدهما فقط ، وليس هـذا الاتفاق مضاربة ، لأن موضوعها النقود ، لا العروض ، كما يأتي ، ولا اجارة أو جعالة لمكان الجهل بالاجرة .. وعلى هذا ، فاذا كان السائق قد أجر السيارة فالاجرة بكاملها لصاحب السيارة ، لأنها ناتج ملكه ، وعليه ان يدفع للسائق اجرة المثل ، لأنه غير متبرع بعمله .

والحق ان هـذا الاتفاق صحيح وجائز ، وليس من الضروري ان ينطبق عليه أحد العقود المسماة ، كالشركة ، او الاجارة ، أو الجعالة، بل يكفي مجرد التراضي ، مع عدم المانع من الشرع أو العقل ، أما الجهل بأجرة السائق فغير مانع من الصحة ما دامت معينة في الواقع ، وينتهي الشريكان الى العلم بها مقداراً وجنساً بعد العمل .

٢ ـ من حاز شيئاً من المباحات، كالصيد والحطب والحشيش والمياه، وما اليها بقصد انها له ولغيره ، فهل يصير هذا الغير شريكاً للأول فيما حازه أولاً ؟

الجواب : إذا كان الأول وكيلاً ، أو مستأجراً للثاني تحققت الشركة بينهما ، وإلا كان الجميع لمن حاز ، ولا شيء لمن نواه وقصده ، قال صاحب الجواهر ما ملخصه : ان السبب لملك المباحات هو الحيازة مع قصدها بصرف النظر عن نية التملك له أو لغيره ، فمن حاز شيئاً منها بقصد الحيازة فهو له سواء أقصد الملك لنفسه ، أو لغيره ، أو لم يقصد الملك ، أو قصد عدمه ، فالمعيار لتملك المباحات ، واختصاصها بالحائز دون غيره هو ان يقصد حيازتها ، وكفى .

٣ ـ إذا استوفى احد الشريكين ديناً ممن اشترى من مال الشركة

نسيئة شاركه الآخر فيما استوفاه ، كما هو الشأن في كل دين مشترك ، لأن كل جزء منه مشاع بين الاثنين ، وفي ذلك روايات عن أهل البيت (ع) تقدم بعضها في فصل الدين .

٤ – اذا اتفق ثلاثة على ان يشتركوا في معمل للنجارة – مثلاً – على ان يقدم أحدهم المحل والثاني الأدوات اللازمة ، والثالث العمل بطلت الشركة عند جماعة من الفقهاء ذكرهم صاحب مفتاح الكرامة[١] .

والحق الصحة والجواز ، لمكان التراضي ، وعدم المانع من الشرع والعقل ، كما تقدم في المسألة الأولى .

التنازع :

١ – اذا كان مال الشركة في يد أحد الشركاء ، وادعى التلف فالقول قوله بيمينه ، لأنه أمين ، وليس على الأمين الا اليمين ، ولا فرق في ذلك بين ان يدعي سبباً ظاهراً للتلف ، كالحرق والغرق ، أو سبباً خفياً ، كالسرقة .

واذا تحقق التلف واتفقا عليه ، ولكن ادعى الطرف الثاني على من المال في يده انه فرّط أو اعتدى ، وأنكر هذا التعدي والتفريط فالقول قوله بيمينه أيضاً ، لنفس السبب .

---

١ المثال الذي ذكره صاحب مفتاح الكرامة في ج ٧ باب الشركة هو اتفاق اربعة : يقدم الأول المحل ، والثاني رحى الطحن ، والثالث البغل ، والرابع العمل .

٢ ـ اذا اشترى أحد الشريكين شيئاً ، وقال : اشتريته لنفسي ، وقال شريكه : بل اشتريته لحساب الشركة ، وانما ادعيته لنفسك بعد أن ظهر فيه الربح فالقول قول المشتري بيمينه ، ولو قال المشتري : اشتريته لحساب الشركة ، وقال شريكه : بل اشتريته لنفسك ، وانما ادعيت انه للشركة بعد أن ظهر الخسران فالقول قول المشتري أيضاً ، لأنه أبصر بنيته ، قال صاحب الجواهر : « بلا أشكال ولا خلاف » .

القسمة

معناها :

القسمة تمييز أحد النصيبين عن الآخر ، وهي قائمة بنفسها، وليست بيعاً ولا صلحاً ، لأنها لا تفتقر الى الصيغة،ويجب أن يكون كل نصيب بقدر الآخر ، دون زيادة ، أو نقصان ، وقد يجبر الشريك على القسمة في بعض الحالات،وليس في البيع شيء من ذلك،قال صاحب الجواهر : « ليست القسمة بيعاً ، ولا صلحاً ، ولا غيرهما ، سواء أكان فيها رد، أو لم يكن بلا خلاف ، ولا أشكال ضرورة عدم قصد شيء زائد على مفهومها في صحتها .. وحينئذ فلا شفعة فيها ، ولا خيار مجلس .. ولا غير ذلك » .

قسمة الاجبار والتراضي :

اذا طلب أحد الشريكين القسمة،وامتنع الآخر ينظر : فان لم تستدع القسمة ضرراً على الممتنع ، ولا رداً على أحدهما ، بحيث تمكن قسمة الشيء المشترك ، وتعديل السهام من غير ضم شيء آخر مع بعضها، اذا

كان الأمر كذلك يجبر الممتنع على القسمة بالاجماع ، اذ يجب اعطاء كل ذي حق حقه متى طلبه ، ولا يجوز منعه عنه ، وتسمى هذه قسمة اجبار .

واذا كانت القسمة غير ممكنة ، كالاشتراك في جوهرة . أو قطعة سلاح . وما اليها ، بحيث اذا قسمت تلفت ، أو كانت القسمة ممكنة : ولكن الشريك لا ينتفع بنصيبه منفرداً ، كما كان ينتفع به مع الشركة كالغرفة الصغيرة اذا قسمت أصاب كل منهما موضعاً ضيقاً لا ينتفع به لجهة السكن ولا لغيره ، أو أمكنت القسمة والانتفاع ، ولكن لا يمكن تعديل السهام الا بالرد ، وضم مال زائد على المال المشترك ، كما لو كان بينهما غرفتان ، قيمة احداهما مئة ، وقيمة الأخرى مئتان ، فلا بد ان يضم الى الأولى خمسون يدفعها من يأخذ الثانية لمن يأخذ الأولى ، اذا كان كذلك فلا يجبر الشريك على القسمة والقبول ، لقاعدة لا ضرر ولا ضرار ، وللنهي عن السرف والتبذير ، ولأن الضميمة لا تملك الا بالتراضي ، ولذا سميت هذه القسمة بقسمة التراضي .

وقال جماعة من الفقهاء : لا تجوز قسمة المال المشترك مع تضرر الشركاء ، حتى ولو اتفقوا عليها ، لأنه سفه وتضييع للمال ، ورد عليهم صاحب الجواهر « بأن هذا مناف لقاعدة تسلط الناس على أموالهم ، وان المالك لا يمنع من التصرف في ملكه ، وان استلزم ذلك نقصاً فاحشاً في ماله ، والاثم لا يتنافى مع صحة القسمة شرعاً » . وعليه تصح القسمة مع التراضي ، حتى ولو تضرر الشركاء ، ولو افترض ان المتضرر من القسمة أحد الشريكين دون الآخر ، وطلبها المتضرر اجيب الى طلبه ، واجبر عليها غير المتضرر ، ولو طلبها غير المتضرر من المتضرر فلا يجاب الى طلبه .. وقسمة الاجبار يتولاها الحاكم الشرعي

أو من يوكله ، ومع تعذرهما فعدول المسلمين ، كما هو الشأن في جميع الامور الحسبية .

قسمة المهاياة :

إذا كان بينهما بستان ، أو دار ، أو أرض ، واتفقا على ان يكون بعض العين المشتركة في يد احدهما ، والبعض الباقي في يد الآخر ، يستثمر كل منهما ما في يده أمداً معيناً ، او الى ان تتم القسمة النهائية، أو اتفقا على ان يستثمر أحدهما العين بكاملها سنة ، ثم يستثمرها الآخر سنة صح الاتفاق في الحالين ، وتسمى هذه القسمة بالمهاياة ، أي الموافقة، وتتلخص بقسمة المنفعة بحسب الزمان ، أو بحسب اجزاء العين المشتركة، ويسميها الفلاحون قسمة زراعية .

وإذا طلبها أحد الشريكين ، وامتنع الآخر فلا يجبر الممتنع ، لأنها بمنزلة المعاوضة التي يعتبر فيها التراضي .

لزوم القسمة :

تلزم القسمة ، ولا يجوز العدول عنها في الحالات التالية :

١ – ان يقتسم الشركاء فيما بينهم من غير قاسم ، ولا قرعة ، فمتى رضي كل بقسم معين ألزم به ولا يجوز له العدول بعد الرضا[١].

---

١ جاء في كتاب اللمعة آخر باب القضاء ما نصه بالحرف : « اذا اتفقا على اختصاص كل واحد بسهم لزم من غير قرعة ، لصدق القسمة مع التراضي الموجبة لتمييز الحق ، ولا فرق بين قسمة الرد وغيرها » والمراد بقسمة الرد ان يدفع احد الشريكين للآخر عوضاً زائداً عن سهمه، كي يتحقق التعادل .

٢ - ان يحصل الفرز ، والقرعة بالاتفاق بين الجميع ،ولا يعتبر الرضا بعد القرعة ، بل يكفي الرضا المقارن لها ، قال صاحب الجواهر : « الظاهر عدم اعتبار الرضا بعد القرعـة ، مع فرض سبق الرضا بها ، ضرورة ظهور أدلتها في اقتضاء التمييز والتعيين، فمع حصوله بها لا دليل على عودة » . أي ان المستفاد من أدلة القرعة أنها وسيلة لتعيين الحق وتمييزه عن غيره ، فمتى جرت تعين الحق ، وإذا تعين انتهت الشركة ، ولا تعود إلا بدليل ، ولا دليل على العودة .

٣ - ان يختار الشركاء قاسماً يميز الحصص ، ويجري القرعة برضا الجميع .

٤ - ان يرفعوا الأمر الى الحاكم ، ويعين قاسماً ، فيجب العمل بقوله بمجرد خروج القرعة ، ولا تشترط رضا الشركاء بالقسمة لا قبل القرعة ولا بعدها ، وبما ان العمل بقول قاسم الحاكم ملزم للجميع شاءوا أو ابوا وجب ان يكون من اهل الخبرة والعدالة، كما هو الشأن في كل من تجب اطاعته ، ولا تشترط العدالة، بل ولا الاسلام في القاسم الذي يختاره الشركاء من تلقائهم .

فتحصل ان القسمة تكون لازمة بعد ان يرضى كل بقسم معين ، وان لم تجر القرعة ، وبعد القرعة التي اتفقوا على اجرائها ، وبعد القرعة التي يجريها قاسم الحاكم ، وان لم يتفق عليها الشركاء .

الغلط :

لو ظهر الغلط بطلت القسمة ، واذا ادعى الغلط أحدهما ، وأنكر

الآخر فعلى المنكر اليمين على نفي العلم بالغلط ، ان ادعى عليه شريكه العلم به ، والا لم يسمع قوله الا مع البينة .. فان حلف تمت القسمة ، وان نكل بطلت بناء على جواز القضاء بمجرد النكول .

واذا ظهر لهما بعد القسمة شريك ثالث على سبيل المشاع لم يكن في حسبانهما بطلت القسمة ، لأنها لم تقع برضا جميع الشركاء .

واذا اقتسما عقارين ، وأخذ كل منهما عقاراً ، ثم ظهر ان أحد العقارين كله أو بعضه مستحق لشخص آخر بطلت القسمة ، وكذا لو ظهر فيه عيب الا اذا تراضيا على تداركه بالارش . واذا بنى في نصيبه داراً، أو غرس فيه شجراً ، ثم ظهر مستحقاً للغير،وأزال المالك البناء والغرس فلا يرجع صاحبهما على شريكه ، لأن القسمة ليست بيعاً ، والشريك لم يغرر به ، كي يقال : المغرور يرجع على من غره .

تنبيه :

بقيت مسائل ذكرها الفقهاء في باب القسمة ، منها ان الشيء المقسوم تارة تكون أجزاؤه متساوية ، وأخرى متفاوتة، ومنها قسمة الدار المؤلفة من طابقين أو أكثر ، وقسمة البئر والحمام الى غير ذلك مما هو من اختصاص المهندسين ، لا المتشرعين .. ان وظيفة الفقيه ان يبين ان الشريك اذا طلب القسمة فهل على شريكه ان يستجيب ، أو لا ؟ واذا امتنع فهل للحاكم أن يجبره ، او لا ؟ وان القسمة هل هي لازمة أو جائزة ؟ وان القاسم هل تعتبر فيه العدالة ؟ الى غير ذلك من بيان

الأحكام التكليفية والوضعية ، أما موضوعات الأحكام فيرجع فيها الى أهل الخبرة والاختصاص .. لذلك وخوفاً من فوات الأهم تركنا التعرض لها ، ومن أحب الاطلاع عليها فليرجع الى المجلد السادس من الجواهر، والعاشر من مفتاح الكرامة ، باب القضاء .

الشفعة

معناها :

الشفعة في الاصطلاح الشرعي هي استحقاق أحد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع ، على أن يتملكها من المشتري ، رضي أو لم يرض .. مثال ذلك أن يشترك اثنان في عقار ، فيبيع أحدهما حصته المشاعة لثالث ، فللشريك الثاني أن يتملك الحصة المبيعة من المشتري جبراً عنه بما لزمه من الثمن .

ويخرج بقولنا « أحد الشريكين » ما لو باع بعد ان حصلت القسمة، وتفرد كل شريك بحصته ، حيث لا شركة حين البيع ، وكذا يخرج ما لو كانت الشركة بين أكثر من اثنين ، وبقولنا « انتقالها بالبيع » يخرج ما لو انتقلت بالهبة أو الصداق أو الصلح ، ويأتي البيان .

ويسمى الشريك الذي يطالب بالشفعة شفيعاً ، والمشتري الذي اشترى من الشريك الآخر مشفوعاً منه ، والعقار المبيع مشفوعاً به .

شرعية الشفعة :

الشفعة مشروعة اجماعاً ونصاً ، ومنه قول الإمام الصادق (ع): قضى رسول الله (ص) بالشفعة بين الشركاء في الدور والمساكن .

المحل :

وهو المشفوع به ، أي الشيء الذي تثبت فيه الشفعة ، واتفقوا على ان الشفعة تثبت بالعقارات التي تقبل القسمة ، كالأراضي والدور والبساتين.. واختلفوا فيما عدا ذلك ، فذهب جمع من الفقهاء الى ثبوتها في كل مبيع منقولاً كان أو غير منقول ، قابلاً للقسمة ، أو غير قابل لها ، واستدلوا على ذلك بروايات عن أهل البيت (ع) أعرض عنها وأهملها المشهور ، وخصصوا الشفعة بالثوابت التي تقبل القسمة ، ونفوها عن المنقولات ، والثوابت التي لا تقبلها ، أو لا ينتفع بها بعد القسمة .

واستدلوا على ذلك بدليلين : الأول قول الامام الصادق (ع) : « قال رسول الله (ص) : لا شفعة في سفينة ، ولا نهر ، ولا طريق ، ولا رحى ، ولا حمام » .. وفي رواية ثانية انه قال : ليس في الحيوان شفعة . وفي ثالثة ان الشفعة لا تكون إلا في الارضين والدور .. قال صاحب الجواهر : « المشهور بين المتأخرين العمل بهذه الروايات ، بل اطباقهم على ذلك » .

الدليل الثاني : ان الشفعة على خلاف الأصل ، لأن من تملك شيئاً بالبيع لا ينتزع منه إلا برضاه ، والقاعدة هي وجوب الاقتصار على موضع اليقين فيما خالف الأصل ، وموضوع اليقين من الشفعة هو الثوابت التي لا تقبل القسمة ، قال صاحب مفتاح الكرامة : « على هذا استمرت طريقة الناس في معاملاتهم ، فانهم ينكرون ثبوت الشفعة في الثوب والقدر والابريق والفرس والبعير والحنطة والشعير والتمر والملح والزبيب ، فلو ان أحداً اليوم ادعى الشفعة في أمثال ذلك لبادروه بالنكير ، أخذوا ذلك يداً عن يد ، وهذا يدل على طريقة مستقيمة ، وسيرة مستمرة » .

أما الشجر والأبنية فان بيعا تبعاً للأرض ثبتت فيها الشفعة بالاجماع ، وان أفردا بالبيع دون الأرض فلا شفعة فيها الا عند من أثبت الشفعة في كل شيء .

الاشتراك في المرافق :

اتفقوا على ان الجار لا شفعة له ، لأن النص خصصها بالشريك وحده إلا إذا كان الجار خليطاً ، أي شريكاً في المرافق ، كالطريق والشرب ، وذلك أن يكون لعقارين متجاورين ممر خاص ، أو شرب مشترك بينهما ، فان صاحب كل من العقارين يسمى خليطاً للآخر ، فإذا باع أحدهما عقاره منضماً مع الطريق أو الشرب فلجاره الأخذ بالشفعة ، على شريطة أن يكون الشفيع واحداً .. ولا فرق بين ان يكون الطريق والشرب قابلاً للقسمة أو غير قابل .. أجل ، إذا اريد بيع كل من الشرب والطريق منفرداً اعتبرت فيه القابلية للقسمة ، وليس للشفيع ان يختار الطريق أو الشرب دون العقار المبيع ، بل يأخذ الجميع أو يترك الجميع .

وتجدر الاشارة الى ان النص الذي ثبت عن أهل البيت (ع) انما جاء في الطريق فقط ، ولكن الفقهاء ألحقوا به الشرب المشترك بشهادة صاحب الجواهر ، وصاحب مفتاح الكرامة ، فلقد سئل الامام الصادق (ع) عن درب فيها دور ، وطريقهم واحدة في عرصة ، فباع بعضهم منزله من رجل ، فهل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة ؟ قال الإمام : ان كان باع الدار ، وحوّل بابه الى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم ، وان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة .

وهذه الرواية – كما ترى تثبت الشفعة للشركاء : وان زادوا عن اثنين ، ولكن المشهور حملوها على الاثنين فقط جمعاً بينها وبين قول الامام (ع) : لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يقتسما ، فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة .

وإذا كانت البئر المشتركة التي لا تقبل القسمة في أرض مشتركة أيضاً بين صاحبي البئر ، وأمكن التعديل بين الأرض والبئر ، بحيث تسلم كل منها لواحد ، وان لم ينتفع بها على الوجه السابق ، ولكن لما

منفعة أخرى ، إذا كان كذلك ، فإنه يثبت للشريك الشفعة .. والحكم كذلك في كل ما لا يقبل القسمة منفرداً ، وكان معه غيره ، وأمكن التعادل بينهما ، مع امكان الانتفاع بكل منهما في جهة من الجهـات ، كغرفة صغيرة مع حديقة أو حمام ، وكدكان صغير مع ساحة ، ومـا إلى ذلك .

شراكة الوقف :

إذا كان بعض العقار وقفاً على الاشاعة،والبعض الآخر ملكاً لشخص، وباع المالك حصته ، فهل تثبت الشفعة لولي الوقف وأهله ؟.

ذهب جماعة من الفقهاء ، منهم صاحب الشرائع والجواهر ، ذهبوا الى عدم ثبوت الشفعـة ، حتى ولو كان الموقوف عليه واحداً ، لأن الوقف لا مالك له ، وانمـا تملك المنفعة فقط ، فأرباب الوقف أشبه بالمستأجر الذي لا شفعة له .

والخلاصة ان الشفعة عند المشهور تثبت في الدار والبستان والأرض ، وما اليها من الثوابت التي تقبل القسمة ، على ان لا يكون الشريك وقفاً .. ولا تثبت في المنقولات اطلاقاً ، ولا في الثابت الذي لا يقبل القسمة ، أو يقبلها مع عدم الانتفاع بالمقسوم ، إلا إذا كان الذي لا يقبل القسمة طريقاً أو شرباً ، وبيع منضماً الى غيره .

الشفيع :

سبق ان الشفيع هو الذي يأخذ من المشتري بالشفعة ، ويشترط فيه:

١ ـ أن يكون شريكاً في العين وقت البيع ، فلا شفاعة لمستأجر ، ولا لجار ، ولا للشريك بعد القسمة،قال الإمام الصادق (ع):

« الشفعة لا تكون الا لشريك لم تقاسمه ، وفي رواية ثانية : لا شفعة الا لشريكين لم يقتسما .. واذا ارفت الارف،وحددت الحدود فلا شفعة » والارف هي الحدود،وفي الحديث الشريف: « قضى رسول الله (ص) بالشفعة ما لم تورف » أي ما لم يُقتسم العقار ، ويوضع الحد .. وسئل الإمام الصادق (ع) عن الشفعة في الدور ، أي شيء واجب للشريك ؟ فقال : الشفعة في البيوع اذا كان شريكاً .

٢ ـ أن يكون قادراً على دفع الثمن ، ووفياً غير مماطل،ولا يمهل أكثر من ثلاثة ايام الا اذا ادعى وجود ماله في بلد آخر ، فانه يؤجل بمقدار وصوله اليه ، وزيادة ثلاثة ايام،على شريطة أن لا يتضرر المشتري بسبب التأجيل ، قال صاحب الجواهر: « لا أجد خلافاً بينهم في ذلك ، ويدل عليه ان الإمام (ع) سئل عن رجل طلب شفعة أرض،فذهب على ان يحضر المال، فلم يرجع ، فكيف يصنع صاحب الأرض اذا أراد بيعها ؟ أيبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة ؟ قال الامام : ان كان معه في المصر فلينتظر به الى ثلاثة ايام ، فان أتاه بالمال ، والا فليبع ، وبطلت شفعته في الأرض ، وان طلب الأجل الى أن يحمل المال من بلد آخر ، فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل الى تلك البلد ، وينصرف وزيادة ثلاثة ايام اذا قدم ، فان وفاه والا فلا شفعة .

٣ ـ أن يكون الشفيع مسلماً اذا كان المشتري مسلماً ، فغير المسلم تثبت له الشفعة على مثله ، حتى ولو كان البائع مسلماً ، ولا تثبت له على مسلم ، حتى ولو كان البائع غير مسلم ، وتثبت للمسلم اطلاقاً على المسلم وغير المسلم ، واستدلوا على ذلك بقول

الامام الصادق عن جده أمير المؤمنين (ع) : « ليس لليهودي ولا للنصراني شفعة » .

٤ ـ اجمعوا بشهادة صاحب الجواهر على ان الشفعة لا تثبت اذا تعدد الشركاء ، وزاد الشفيع عن الواحد ، واستدلوا عليه بالاضافة الى ما سبق بقول الامام (ع) : ان زاد الشريك على اثنين فلا شفعة لأحد منهم .

٥ ـ ان لا يأذن الشفيع بالبيع لشريكه،أو يرفض الشراء اذا عرض عليه ، مع قدرته ، وليس هذا من باب اسقاط ما لم يجب ، بل هو مقتض لعدم الثبوت على حد تعبير صاحب الجواهر نظير اجازة الوارث لما أوصى به مورثه قبل موته فيما زاد عن الثلث ، ويدل عليه أيضاً الحديث الشريف : « لا يحل ان يبيع ، حتى يسأذن شريكه ، فان باع ، ولم يأذن فهو أحق به » . ومعنى هذا انه اذا اذن بالبيع فلا حق له،ويأتي البيان الأوفى .

٦ ـ قال جماعة من الفقهاء : يشترط علم الشفيع بالثمن والمثمن معاً حين الأخذ بالشفعة ، فلو قال : أخذت بالشفعة بالغاً ما بلغ الثمن لم يصح ، لأن الشفعة في معنى المعاوضة، والجهل بالثمن يستدعي الغرر المبطل لها ، تماماً كالشراء بثمن مجهول .

وذهب صاحب الجواهر وكثير من كبار الفقهاء الى انه لا دليل من العقل والنقل على وجوب العلم بالثمن حين الأخذ بالشفعة ، بل يكفي العلم به عن طريق البينة أو غيرها وقت الدفع ، والغرر انما يبطل البيع فقط ، لحديث : « نهى رسول الله (ص) عن بيع الغرر » والحاق الشفعة بالبيع قياس باطل .. أجل ، اذا تعذر العلم بالثمن حين الأخذ والدفع ، بحيث لا يمكن العلم به بحال بطل الأخذ بالشفعة ، لعدم امكان

التسليم ، ومثل له صاحب الشرائع والجواهر بأن يقول المشتّري : نسيت مقدار الثمن ، ويصدقه الشفيع .

الغائب والمجنون والصبي والسفيه :

ليس العقل والبلوغ والرشد من شروط الشفيع ، لأن الشفعة حق مبني على الملك ، ولا يشترّط في الملك العقل والبلوغ والرشد، ويأخذ للمجنون والصبي والسفيه بالشفعة القائم على شؤونهم بشرط ان لا يكون في الأخذ مفسدة ، والا لم يصح . قال صاحب الجواهـر : « بلا خلاف ولا إشكال ، لأن الغرض عدم تصرفه على الوجه المشروع ، وعليه فاذا أخذ مع المفسدة يكون ضامناً لما دفع من الثمن ، ويبقى السهم المأخوذ بالشفعة على ملك المشتّري » .

واذا ترك ولي القاصر الأخذ مع وجود المصلحة يبقى حق الشفعـة ثابتاً ، حتّى يبلغ الصبي ، ويفيق المجنون ، ويرشد السفيه ، ولو مضى على بيع العقار سنون ، قال صاحب الجواهر :

« لا إشكال ولا خلاف في ذلك ، ولا ينافيه التّراخي ، لأن التأخير كان لعذر ، وهو الجنون والصغر ، أما تقصير الولي فلا يُسقط حقها الثابت لها حال قصورهما بالنص والفتوى ، وانما الذي تجدد عند الأهلية والكمال هو الأخذ لا أصل الحق ، بل لو عفا الولي لم يمض عفوه مع فرض المفسدة ، حتّى ولو كان الذي عفـا اباً أو جداً لأب ،أما تضرر المشتّري بطول الانتظار فانه لا يُسقط حق القاصر بعد أن كان المشتّري هو السبب في ادخال الضرر على نفسه — لانه أقدم على الشراء مع علمه بوجود الشفيع — بل لعل الأقوى جواز تجديد الولي الأخذ ، وان ترك أو عفـا سابقاً ، لبطلان تركه وعفوه فلا يترتب الأثر عليها » .

أما الشفيع الغائب فان علم البيع ، وسكت عن الطلب ، ولم يحضر

ولم يوكل في الأخذ فيسقط حقه في الشفعة ، لأن هذا الحق يثبت على الفور كما يأتي . واذا لم يعلم بالبيع ، أو علم ولم يطالب لعذر مشروع ، كما لو جهل بأن له حق الأخذ بالشفعة ، فان حقه يبقى قائماً ، وان طال الزمن . ويدل عليه قول الامام الصادق (ع) : وصي اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة اذا كان له رغبة ، وللغائب شفعة .

الشفعة مع الشراء بالخيار :

إذا اشترى من احد الشريكين بالخيار ، فهل تثبت الشفعة للشريك الثاني في زمن الخيار ، أو ينتظر حتى ينتهي أمد الخيار ، ويصير البيع لازماً ، والجواب على هذا التساؤل يستدعي التفصيل التالي :

١ — اتفق الفقهاء بشهادة صاحب المسالك والحدائق على ان الخيار إذا كان للمشتري دون البائع تثبت الشفعة للشريك بنفس العقد ، ولا يتوقف ثبوتها على مضي زمن الخيار ، لأن المبيع خرج عن ملك البائع ، ودخل في ملك المشتري بمجرد العقد ، وان كان الملك متزلزلاً ، أي في معرض الزوال .

ومتى دفع الشفيع الثمن للمشتري ، وأخذ منه المبيع يسقط خيار المشتري ، لأن الغرض من خياره ان يفسخ العقد ويسترجع الثمن ، وقد حصل عليه من الشفيع فلا جدوى من الفسخ — اذن — بل لا موضوع له اطلاقاً .

٢ — اختلفوا فيما إذا كان الخيار للبائع فقط ، أو له وللمشتري معاً ، فذهب جمع من الفقهاء الى عدم ثبوت الشفعة ، لأن المبيع لم يخرج عن ملك البائع بزعمهم .. وقال آخرون ، ومنهم صاحب الشرائع والجواهر : ان الشفعة ثابتة مع هذا الخيار ،

لأن المقتضي لها موجود ، وهو اطلاق أدلة الشفعة الشامل لجميع أنواع البيع ، حتى البيع بالخيار ، ومجرد الخيار لا يصلح للمنع عن ملك المشتري ، وانما يجعله متزلزلاً في معرض الزوال ، وموضوع الشفعة هو الملك بما هو بصرف النظر عن اللزوم وعدمه .

٣ ـ إذا باع أحد الشريكين سهمه من زيد ـ مثلاً ـ ثم باع الشريك الآخر الذي له الشفعة سهمه من عمرو قبل ان يأخذ بالشفعة ، إذا كان كذلك انتقل حق الشفعة الى زيد ، وصار شفيعاً بعد ان كان مشفوعاً منه ، وأخذ بالشفعة من عمرو ان شاء ، لأنه شريكه حقيقة ، ولا يحق للذي باع عمراً ان يعارض زيداً بشيء ، لأنه صار أجنبياً بعد البيع .. وبكلمة ان الشفيع هو الذي يصدق عليه اسم الشريك حين الأخذ بالشفعة ، سواء أصدقت عليه التسمية قبل حصول البيع من أحد الشريكين أو بعده .

لا يملك الشفيع الا بدفع الثمن :

المشتري يملك العين من البائع بمجرد تمام البيع من غير توقف على دفع الثمن ، أما الشفيع فيملك بعقد البيع حق التملك ، ولا يصير مالكاً إلا بدفع الثمن . ثم ان للفقهاء هنا كلاماً : في انه هل يجب ان يدفع الشفيع الثمن أولاً ، أو يجب التقابض بينه وبين المشتري دفعة واحدة ، وقد أطال صاحب الجواهر وغيره في التحقيق والتدقيق .. ورأينا ان المسألة مسألة ثقة فان وجدت فهي ، وإلا وضع الثمن عند الحاكم ، أو عند أمين يتفقان عليه .

وليس للشفيع أن يأخذ بعض المبيع ، ويدع البعض ، بل يأخذ الجميع

أو يدع الجميع ، قال صاحب الجواهر : « بل لا يبعد ان تكون الشفعة من قبيل حق القصاص الذي لا يقبل التجزئة ، وان رضي الشريك » . يريد انـــه لو تراضى الشفيع والشريك على قسمة المبيع لا يصح ويبطل الاتفاق .

ولست أرى وجهاً لذلك ، فان مبدأ التراضي حاكم عـلى كل شيء إلا اذا حلل حراماً ، أو حرم حلالاً ، فإذا رضي الشريك ان يؤجل الثمن صح ، وإذا رضي ان يقتسم مع الشفيع صح أيضاً ، لأن الغرض دفع الضرر عن المشتري ، ومـع الرضا يرتفع الضرر ، بل قد تتفق مصلحته مع التبعيض والتقسيم .

الثمن المثلي والثمن القيمي :

الثمن الذي يقع عليه العقد بين الشريكين تارة يكون مثلياً ، كالنقود والحبوب ومـا اليها من المثليـات ، وتارة يكون قيمياً ، كالحيوان والدار . وقـد اتفق الفقهاء على ان الثمن ان كان مثلياً تثبت الشفعة للشريك ، ويتملك بمثل الثمن الواقعي الذي جرى عليه عقد البيع بين البائع والمشتري ، سواء أكان مساوياً لقيمـة المبيع السوقية ، أو كان دونها ، أو أكثر منها ، لأن الشفيع يملك العين من المشتري بمثل مـا ملكها هو من البائع ، ولا أثر للزيادة التي تُضم صورياً الى الثمن الحقيقي بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة ، والاضرار به ، ولكن على الشفيع ان يثبت صوريتها ، وليس على المشتري إذا أنكرها إلا اليمـين عملاً بالظاهر حتى يثبت العكس .. أجل ، إذا حط البائع من الثمن بعـد العقد فلا ينتفع الشفيع بهـذا الحط إذا كان هبة من البائع للمشتري ، وينتفع به ويسقط من الثمن حتماً إذا كان ارشاً وعوضاً عن عيب ظهر في المبيع ، لأن الثمن الحقيقي هو ما تبقى بعد العقد .

وإذا زاد المشتري على الثمن بعد العقد فلا تلزم الزيادة ، ولا يحق للمشتري ان يطالب الشفيع بها ، لأنها ليست من الثمن في شيء إلا اذا ظهر ان البائع كان مغبوناً ، وأراد استرجاع المبيع ، فأرضاه المشتري بالزيادة ، حيث تكون الزيادة والحال هذي ، جزءاً من الثمن .

هذا ، إذا كان الثمن مثلياً ، أما اذا كان قيمياً فقد اختلف الفقهاء على قولين ، احدهما ان الشفعة تسقط من الأساس ، واستدل القائلون بذلك برواية أعرض عنها معظم الفقهاء بشهادة صاحب مفتاح الكرامة .

القول الثاني ان الشفعة تثبت لو كان الثمن قيمياً تماماً كما لو كان مثلياً ، وعلى هذا أكثر الفقهاء بشهادة صاحب مفتاح الكرامة ، والمسالك والرياض ، واستدلوا بأن القيمة تقوم مقام العوض ، وبإطلاق أدلة الشفعة الشامل للمثلي والقيمي على السواء .. ثم ان المعتبر القيمة وقت البيع ، ولا عبرة بالزيادة والنقيصة بعده . قال صاحب الجواهر: «هذا هو المعروف بين الفقهاء» .

المحاباة بالثمن :

سبق ان الشفيع يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد .. وهنا فرض جاء في كتاب الجواهر ينبغي التعرض له لدقته وفائدته العلمية ، وهو لو باع أحد الشريكين سهمه من شخص قريب منه أو بعيد، وباعه بأقل من ثمن المثل بقصد محاباته ومنفعته ، كما لو كانت قيمة السهم مئتين ، فباعه بمئة ، فهل يأخذ الشفيع بالثمن المسمى أو بالقيمة الحقيقية ؟ والجواب يستدعي التفصيل على الوجه التالي :

١ – ان يبيع ، وهو في حال الصحة ، أو في مرض الموت ، مع البناء على ان منجزات المريض تخرج من الثلث لا من الأصل، لأن البيع من المنجزات لا من الوصايا ، ولكنه في حكمها على

الأصح ، كما يأتي في محله ان شاء الله .. اذا كان كذلك يأخذ الشفيع تمام السهم المبيع من المشتري بالثمن الذي وقع عليه العقد ، لأن أدلة الشفعة التي قالت : يأخذ الشفيع بالثمن تشمل هذا المورد ولم تفرق بين ان يكون الثمن مساوياً للقيمة أو أقل أو أكثر ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف ولا إشكال » .

٢ ـ ان يبيع ، وهو في مرض الموت،مع فرض ان الثلث لا يتسع للمحاباة ، كما لو لم يملك البائع الا السهم الذي باعه ، ولم تجز الورثة هذا البيع ، اذا كان كذلك يكون ثلث المبيع للمشتري محاباة له من البائع ، فكأنه أوصى له به ، ويأخذ أيضاً النصف مقابل الثمن ، وهو المئة ، لأن المفروض انه اشترى بمئة ما قيمته مئتان ، وعليه فيملك المشتري النصف والثلث ، ويبقى سدس المبيع للورثة مع المئة التي وقعت ثمناً للعقد .. وسبق ان الشفيع يأخذ ما يملكه المشتري ، وعلى هذا يكون مخيراً بين ان يترك الشفعة، وبين ان يأخذ خمسة أسداس المبيع بتمام الثمن الذي وقع عليه عقد البيع ، وهو المئة، وبهذا نجد تفسير عبارة الجواهر ، وهي : « لو فرض كون قيمة السهم مئتين ، فحاباه وباعه بمئة ، وليس له سواه صح البيع في خمسة أسداسه التي هي النصف والثلث ، وبطل في السدس الذي لم يقابله ثمن ، فيأخذ الشفيع ان شاء خمسة أسداسه بكل الثمن » .

المؤن :

جاء في كتاب الشرائع والجواهر والمسالك وغيرها من كتب الفقه

الرئيسية: «ان الشفيع لا يتحمل شيئاً أكثر من الثمن الذي دفعه المشتري للبائع ، فأجرة الدلال والوكيل وغير ذلك من المؤن هي على المشتري لا على الشفيع » ولم يذكر أحد من الفقهاء خلافاً في ذلك .. والسر ان الأحاديث والروايات لم تشر الى المؤن والتكاليف من قريب أو بعيد ، وقواعد الشفعة تُلزم بالثمن لا بالمؤن .

ويلاحظ بأن المؤن اذا لم تكن من قواعد الشفعة فانها من قواعد العدل الذي لا يجيز لأحد ان يكتسب شيئاً على حساب غيره ، وعليه يكون الشفيع ملزماً بالتكاليف الضرورية التي لا بد منها لاتمام البيع .

تأجيل الثمن :

اذا كان عقد البيع ينص على تأجيل الثمن ، أو ان يدفع اقساطاً ، فان الشفيع يستفيد من ذلك ، لأن الشفيع يملك كل ما يملكه المشتري ، وعلى الشفيع تقديم كفيل اذا طلب المشتري منه ذلك ، حيث لا يجب عليه ان يتحمل نتائج اعسار الشفيع .

واذا اخذ الشفيع بالثمن المؤجل، ثم مات المشتري قبل ان يحل الأجل فللبائع ان يطالب ورثة المشتري ، لأن الميت تحل ديونه المؤجلة بالموت، كما تقدم في باب الدين ، وليس لورثة المشتري الرجوع على الشفيع الا بعد حلول الأجل .

واذا مات الشفيع قبل حلول الأجل فللمشتري ان يطالب بالثمن ورثة الشفيع ، وليس للبائع الرجوع على الشفيع الا بعد مضي الأجل .

الفور :

ذهب المشهور بشهادة صاحب الحدائق ومفتاح الكرامة الى ان الشفعة

تثبت على الفور ، لا على التراخي ، فاذا علم الشفيع بالبيع ، ولم يبادر الى طلب الأخذ بالشفعة من غير عذر بطل حقه فيها،لأن التراخي ضرر على المشتري ، ولأن الشفعة على خلاف الأصل،فيقتصر منها على موضع اليقين ، وهو الطلب حين العلم بالبيع ، وان لم يعلم بمقدار الثمن ، وقد سئل الامام (ع) عن رجل طلب شفعة فذهب،ولم يحضر ؟ قال الامام: ينتظر ثلاثة ايام.

ولو كان حق الشفعة ثابتاً على التراخي لاستمر الى ما بعد الثلاثة .

تصرفات المشتري

سبق ان المشتري يملك المبيع بالعقد ، وان الشفيع له حق التملك عليه ، ويتفرع على تملك المشتري ان له ان يتصرف في المبيع كيف شاء ، ويتفرع على حق الشفيع للتملك ان يأخذ المبيع بالشفعة ، ويُبطل تصرفات المشتري .. ولا منافاة في الجمع بين هذين الحقين ، فانهما أشبه بحق الدائنين في تركة الميت المستغرقة للدين ، وتملك الورثة لها ، فإن لهؤلاء ان يتصرفوا فيما ملكوه من مورثهم ، وفي الوقت نفسه للدائنين ان يبطلوا تصرف الورثة إذا لم يفوا بديونهم . ومثله الهبة ، فان للواهب حق الرجوع عنها ، وللموهوب له حق التصرف في الموهوب قبل الرجوع.

وقد ذكر الفقهاء أمثلة من إبطال الشفيع لتصرفات المشتري ، وحكم ما يعرض للمبيع وهو في يده من الهلاك أو الزيادة أو النقصان ، ونلخص طرفاً منها فيما يلي :

التقايل بين البائع والمشتري:

إذا تقايل البائع والمشتري ، واتفقا على ارجاع المبيع لصاحبه قبل ان يأخذ الشفيع بالشفعة صح التقايل ، لأن حق الشفيع سابق على حق

البائع من حيث ان الشفعة استحقت بالعقد . والتقايل متأخر عنه، فتقدم الشفعة عليه ، لمكان السبق .. واذا طرأ نقص على المبيع بعد ارجاعه للبائع فضمانه على المشتري ، لأنه كان مسؤولاً عما يحدث في المبيع قبل التقايل ، فتستمر المسؤولية الى ما بعده .

هذا ما قاله الفقهاء دون ان ينقلوا الخلاف فيه .. والحق انه لا شفعة من رأس مع التقايل ، لأن أدلة الشفعة ظاهرة في تملك المشتري للمبيع ، ومنصرفة عن حالة التقايل ، بل ان موضوع الشفعة هو الشريك الحادث ، والمفروض عدمه ، فتنتفي لانتفاء موضوعها .

تصرف المشتري بالبيع أو الوقف أو الهبة :

إذا باع المشتري السهم الذي اشتراه من الشريك فللشفيع فسخ البيع ، ويتخير بين أن يأخذ من المشتري الأول ، أو المشتري الثاني ، لأن حق الشفيع يثبت ويتعدد بتعدد البيع ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف أجده في شيء من ذلك » .. واذا أخذ الشفيع من المشتري الأول دفع له الثمن الذي وقع عليه العقد ، وبطل البيع الثاني ، واذا أخذ من المشتري الثاني دفع له الثمن الذي اشتراه به بالغاً ما بلغ .

وإذا تعددت العقود وتتابعت ، حتى تجاوزت الاثنين ، فأي عقد اخذ به الشفيع يكون ما قبله صحيحاً ، وما بعده باطلاً ، أما صحة السابق فلأن الرضا بالعقد المتأخر يستدعي الرضا بما تقدم عليه . وأما بطلان المتأخر فلان الذي قبله قد زال بالفسخ ، فيبطل المتأخر ، لأنه متفرع عنه .

وإذا اشترك عقاران في المرافق ، كالطريق والشرب ، وبيع احدهما ، وبنى المشتري فيه مسجداً ، ثم أخذه الشفيع من المشتري يبطل الوقف ، وله ان يهدم المسجد ، وكذا اذا كان عقار مشاعاً بين اثنين ، وباع

أحد الشريكين سهمه المشاع ، وأخفى المشتّري البيع عن الشفيع ، وقال له : استوهبت السهم من شريكك ، وطلب منه القسمة ، وبعد ان تقاسما بنى المشتّري مسجداً في سهمه ، ثم تبين الواقع للشفيع ، فله أن يأخذ المبيع من المشتّري ، ويهدم المسجد ، قال صاحب الجواهر: « بلا خلاف أجده فيه بيننا – أي بين فقهاء المذهب – ولا أشكال ، لسبق حق الشفيع ، بل عن كتاب المبسوط الاجماع على ان له نقض المسجد إن كان قد بناه » .

وإذا وهب المشتّري المبيع فللشفيع أخذه ، ومتى أخذه بطلت الهبة ، ويأخذ الشفيع العين اين وجدها ، ويدفع الثمن الى المشتّري الواهب ، لا الى الموهوب له ، لأن المفروض بطلان الهبة ، وارجاع الأمر الى ما كان قبلها .

نقص المبيع في يد المشتري:

اذا طرأ على المبيع هدم أو عيب ، وهو في يد المشتّري فالحكم عند الأكثر على التفصيل التالي :

١ – ان يتلف المبيع ، ولا يبقى له من اثر بآفة سماوية ، فتبطل الشفعة لارتفاع موضوعها .

٢ – ان ينقص المبيع ، مثل الدار ينهدم بعضها أو كلها ، وتبقى الأرض من غير ارادة المشتّري وتصرفه ، أو فعل أجنبي ، والحكم في ذلك ان يتخير الشفيع بين الأخذ بجميع الثمن ، أو ترك الشفعة ، سواء أحصل النقص قبل مطالبة الشفيع ، او بعدها،إذ المفروض ان المشتّري لم يقم بأي عمل يوجب الضمان فقد سئل الامام (ع) عن رجل اشترى من رجل داراً غير

مقسومة ، وكان الشريك الآخر غائباً ، ولما قبضها المشتري جاء سيل جارف وهدمها ، ثم جاء الشريك الغائب ، وطلب الشفعة ، فأعطاه الشفعة ، على ان يعطيه الثمن كاملاً ، فقال الشريك الشفيع : ضع من الثمن قيمة البناء ، فما هو الواجب في ذلك ؟ قال الإمام : ليس له الا الشراء والبيع . أي يأخذ الثمن الذي وقع عليه العقد .

٣ ـ ان يكون النقص بفعل المشتري ، ولكن قبل مطالبة الشفيع بالشفعة،والحكم فيه كالصورة الأولى ، وهو التخيير بين الأخذ بجميع الثمن او الترك ، لأن المشتري تصرف في ملكه ، ولم يعتد ، فلا موجب للضمان .

٤ ـ ان يكون النقص بسبب المشتري ، ولكن بعد ان طالب الشفيع بالشفعة ، والحكم ان المشتري يضمن النقص ، أي يسقط من الثمن ما يقابل النقص الذي احدثه المشتري ، لأن الشفيع قد استحق اخذ المبيع كاملاً بالمطالبة ، فيكون تصرف المشتري بعدها تعدياً منه ، والمعتدي ضامن .

زيادة المبيع :

اذا اشترك عقاران في المرافق ، كالطريق والشرب ، وبيع احدهما ، واقام المشتري فيه بناء ، او غرس فيه غرساً،او اخذه الشفيع بالشفعة ، فهل عليه ان يدفع للمشتري عوض البناء والغرس ، او يجوز له ان يهدم البناء ، ويقلع الغرس ، ويرمي به الى المشتري ؟

وليس من شك ان للشفيع والمشتري ان يتفقا ويتراضيا على ان يتملك الشفيع البناء والغرس لقاء عوض يدفعه للمشتري ، أو يبقى البناء والغرس

على ملك المشتّري لقاء عوض يدفعه المشتّري للشفيع ، كما ان للشريك أن يقلع الغرس ، ويهدم البناء ، ويزيلها من أرض الشفيع دون أن يستأذنه ، لأنه مالك لها ، وللمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء ، ولا يحق للشفيع أن يعارضه في شيء من ذلك،ولا ان يمنعه من الدخول والمرور في أرضه للقلع والهدم ، ونقل الأنقاض ، لأن ذلك ضروري للتصرف في ملكه ، كما انه ليس للمشتّري أن يطالب الشفيع بشيء مما يتضرر به من الهدم والقلع ، لأنه هو الذي أصر عليها .

لا شك في شيء من ذلك ، وانما الشك والاختلاف فيما اذا أصر الشفيع على هدم البناء وقلع الغرس ، وازالتها من أرضه،وأصر المشتّري بدوره على الامتناع عنها ، ولم يمكن التوفيق بين الشفيع والمشتّري ، ونقل صاحب الجواهر أقوال الفقهاء في ذلك : منها ان الشفيع مخير بين أمرين : اما ان يسقط الشفعة ، واما ان يأخذ البناء والغرس بقيمتها مستحقين للهدم والقلع ، لأن المشتّري يملكها كذلك[1] .

ومنها ان الشفيع مخير بين أمور ثلاثة : ان يترك الشفعة ، أو يأخذ البناء والغرس بقيمتها ، أو يجبر المشتّري على القلع مجاناً ودون تعويض، فان أبى قلع الشفيع وهدم .

ومنها التخيير بين هذه الأمور الثلاثة على أن يتحمل الشفيع الضرر الذي ينال المشتّري بسبب الهدم والقلع ،وذلك بأن يدفع له الشفيع التفاوت بين قيمة الشجر مغروساً ، وقيمته مقلوعاً ، والتفاوت بين قيمة البناء قائماً ، وقيمة أدواته بعد الهدم ، وبهذا قال الشيخ الطوسي المعروف بشيخ الطائفة وكثيرون من كبار الفقهاء ، وهو أرجح الأقوال ، لأنه يجمع بين الحقين .

---

١ عبارة صاحب الجواهر هنا مجملة،وهذا نصها بالحرف : « ان يعطي قيمة ما اخذ من المشتّري » وفسرناها نحن بأن الشفيع يأخذ الغرس والبناء مستحقين للهدم والقلع .. لان المعنى لا يستقيم الا بهذا التفسير .

النماء :

النماء على نوعين : نماء متصل : كضخامة الشجرة ، وتزايد فروعها وأغصانها ، ونماء منفصل ، كالثمرة على الشجرة ، أو سكنى الدار ، فاذا تجدد الأول بعد البيع فهو للشـفيع ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف ولا إشكال ضرورة تبعية ذلك للعين التي تعلق بها حق الشفعة ». أما الثاني فهو ما يتجدد منه بعد البيع وقبل الأخذ بالشفعة فهو للمشتري، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف ولا اشكال ضرورة انه نماء حدث في ملك المشتري ، وانه كان متزلزلاً .. هـذا بالاضافة الى ان النماء الحادث ليس من متعلق البيع الذي ثبت فيه حق الشفعة ».

مسقطات الشفعة وتوريثها والتنازع

المسقطات :

تسقط الشفعة بأحد الأسباب التالية :

١ – ان يتلف المبيع بتمامه قبل الأخذ بالشفعة ، فتسقط لارتفاع موضوعها ، وإذا تلف بعضه بآفة سماوية تخير الشفيع بين ترك الشفعة ، أو أخذ الباقي بتمام الثمن الذي وقع عليه العقد، وتقدم الكلام في ذلك في الفصل السابق فقرة : « نقص المبيع في يد المشتري » .

٢ – ان يتنازل الشفيع عن الشفعة بعد البيع ، لأنها حق له ، ولكل ذي حق ان يتنازل عن حقه .

٣ – ان يتنازل عن الشفعة قبل البيع .. وقيل : لا أثر لهذا التنازل، لأنه اسقاط للحق قبل ثبوته .

ونحن مع صاحب الجواهر الذي أسقط الشفعة بهذا التنازل ، فقد جاء في الحديث الشريف عن الرسول الأعظم (ص) : « لا يحل ان يبيع ، حتى يستأذن شريكه ، فان باع ، ولم يأذن فهو أحق به » ومعنى هذا

ان الشريك إذا أذن بالبيع فلا شفعة له ، لأن الاذن بالبيع يشعر بالاعراض عن الشفعة ، فالرسول الأعظم (ص) أعطى للشريك الحق بالأذن بالبيع والمنع عنه قبل صدوره ، وإذا كان له الحق قبل البيع فله اسقاطه قبل البيع أيضاً ، قال صاحب الجواهر : «لا ينبغي الاشكال في عدم الشفعة مع صدور البيع مبنياً على انه لا شفعة للشريك بإذنه – ثم قال – ويكفي لصحة الاذن تعلق الحق على الوجه الذي سمعته من النص» .. يريد بالنص الحديث النبوي المذكور . هذا ، الى ان الشفعة انما شرعت للارفاق بالشريك ، ودفع ما يتوقع من ضرر الدخيل ، أي الشريك الجديد ، ولا ضرر مع الرضا بترك الشفعة ، سواء تقدم على البيع ، أو تأخر عنه .

٤ – جاء في كتاب مفتاح الكرامة نقلاً عن كتاب المقنعة ، والنهاية ، والوسيلة ، وجامع الشرائع : «ان البائع اذا عرض على الشفيع البيع بثمن معين فرفض الشراء ، وباع الشريك بذلك الثمن ، أو زائداً عليه لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة بها ، أما اذا باع بأقل من الثمن الذي عرضه على الشفيع كان له المطالبة بها» .

٥ – اذا علم بالشفعة ، ولم يبادر الى الأخذ بها من غير عذر يوجب التأخير ، بحيث يُعد مقصراً ومتوانياً سقط حقه في الشفعة .

٦ – اذا وقع البيع على ثمن معين ، ثم ظهر انه مستحق للغير بطلت الشفعة لبطلان عقد البيع الذي هو موضوع الشفعة ، وكذلك اذا تلف قبل قبضه .

٧ – اذا أخرج الشفيع سهمه عن ملكه بالبيع أو الهبة ، وما اليها بعد أن باع الشريك سقط حقه في الشفعة ، سواء أكان عالماً بالبيع أو جاهلاً به ، لأن ضابط الأخذ بالشفعة أن يكون شريكاً حين الأخذ بها ، لا قبلها ، ولذا لا تثبت الشفعة بعد القسمة ، كما تقدم .

٨ – قال جماعة من الفقهاء : تسقط الشفعة اذا وجدت القرائن التي تدل على رضا الشفيع بالبيع ، مثل ان يشهد البيع ،ويسكت ، أو يبارك للبائع أو المشتري ، أو يكون وكيلاً عن الأول في البيع ، أو عن الثاني في الشراء ، أو يضمن للمشتري درك المبيع اذا ظهر مستحقاً للغير ،أو يضمن للبائع درك الثمن كذلك.

ويلاحظ بأن الرضا بالبيع شيء ،والرضا بترك الشفعة والاعراض عنها شيء آخر ، والذي تسقط معه الشفعة هو الرضا الثاني ، دون الأول ، اذ من الجائز أن يكون غرض الشفيع ايجاد السبب الذي يستحق به الشفعة، كما قال صاحب الجواهر .. أجل ، اذا دلت القرائن على انه أراد من الرضا بالبيع الرضا بترك الشفعة سقطت ، والا فلا أثر للرضا بالبيع من حيث هو .

٩ – اذا تصالح المشتري والشفيع على ترك الشفعة لقاء عوض يدفعه الأول للثاني صح الصلح ، وسقطت الشفعة ، لأنها حق مالي كالخيار ، فينفذ فيها الصلح ، لأن دليله ، وهو قول الرسول الأعظم (ص) : « الصلح جائز » عام للشفعة ولغيرها اذا لم يحلل حراماً ، أو يحرم حلالاً . واذا اصطلحا على ان يكون عوض الشفعة بعض المبيع صح ، لأنه من الصلح الجائز .

توريث الشفعة :

إذا سقطت الشفعة بأحد الاسباب الموجبة ، ثم مات الشفيع فلا يحق لورثته المطالبة بها ، لأن الساقط لا يعود .. أما إذا مات الشفيع ، وهو يملك حق الشفعة فقد ذهب أكثر الفقهاء بشهادة صاحب الحدائق وغيره الى ان الشفعة تنتقل الى ورثته ، تماماً كسائر أمواله ، واستدلوا بالآيات

والأحاديث الدالة على ان الوارث يقوم مقام المورث ، ومنهـا الحديث الشريف : « ما ترك الميت من حق فهو لوارثه » ، وبأن الفقهاء قـد اجمعوا على ان حق الخيار ، وحق المطالبة بحد القذف والقصاص ينتقل الى الوارث .. وبديهة ان الشفعة في معنى الخيار ، فيكون حكمها حكمه في عدم السقوط .

وقال آخرون : تبطل الشفعة بموت الشفيع ، واستدلوا برواية ضعيفة ، وبأن الشفعة ترتبط وجوداً وعدماً بالبيع ، وملك الورثة حادث بعد البيع .

والواقع ان هذا القول ضرب من المغالطـة ، لأن الورثة يستحقون الشفعة بسبب مورثهم الذي استحقها عند البيع ، فحدوث ملك الورثة لا يمنع من سبق الشفعة ، ووجودها من قبل ، كما لا يمنع كثرة الورثـة وتعددهم إذا كان الأصل الأول الذي ورثوا الشفعة منه واحداً .

صورة تقسيم الشفعة :

قد يتعدد الورثة ، وتكون سهامهم متفاوتـة ، كما لو ترك الشفيع بنتاً وابناً ، فان للبنت في كتاب الله سبحانه الثلث ، وللابن الثلثين ، هذا في الأموال ، أما حق الشفعة فهل يقسم كذلك على السهام المفروضة في كتاب الله ، فيكون للبنت من الشفعة الثلث ، والباقي للابن ، أو يقسم على الرؤوس لا على السهـام ، فيكون لكل من البنت والابن النصف من الشفعة ؟.

اتفق الفقهاء بشهادة صاحب الجواهر على ان كل وارث يستحق من الشفعة باعتبار سهمه من تركة المورث ، لا باعتبار نفسه ، وذلك ان جميع الورثة قد ملكوا من المورث ، لا من المشتري ، ولا فرق بين حق الشفعة وغيرها مما ترك الميت .

ثم ان الشفعة لما كانت واحدة لا تتجزأ فحق الورثة فيها أيضاً واحد لا يتجزأ ، وعليه ، فاما ان يأخذ الورثة المبيع كاملاً ، واما ان يتركوه كذلك .. واذا عفى أحد الورثة ، وأسقط نصيبه من الشفعة ينحصر حق الشفعة بمن لم يسقط حقه ، وهذا بدوره اما ان يأخذ الجميع ، واما ان يدع الجميع ،وليس له ان يأخذ بمقدار سهمه فقط حذراً من التبعيض .. وبالايجاز ان حق الشفعة لا يمكن فيه التجزئة بحال،سواء اتحد المستحق ، أو تعدد ، فاذا كان أكثر من واحد فليس له ان يأخذ بالشفعة ما لم يوافقه الشركاء الباقون ، وان اسقط حقه كان كأنه لم يكن ، وانحصر الحق بمن لم يعف .. كل ذلك للفرار من التبعيض والتجزئة .

التنازع :

١ – اذا اختلف المشتري والشفيع في مقدار الثمن ، فقال الأول : اشتريته بألفين . وقال الثاني : بل بألف ، فمن هو المدعي ، ومن المنكر ؟

ينبغي التنبيه قبل كل شيء الى ان شهادة البائع هنا لا أثر لها ، ولا تقبل اطلاقاً ، سواء أشهد مع المشتري ، أو مع الشفيع ،لأن المعيار لقبول شهادة الشاهد ان لا يكون الشيء المشهود به من فعله ، وبديهة ان الثمن المتنازع عليه قد جرى بين البائع والمشتري،فلا تقبل شهادة فيه . ثم ان وجدت بينة شرعية تثبت قول المشتري ، أو الشفيع تعين العمل بها ، وإلا فقد ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر الى ان القول قول المشتري بيمينه ، لأنه لا يدعي شيئاً على الشفيع ، وكل امنيته ان يترك وشأنه .. ومن هنا ينطبق عليه تعريف المنكر ، وهو ما لو ترك لم يترك .. هذا ، الى ان المشتري مالك للمبيع ، ويده عليه ، والشفيع

يريد انتزاعه منه ، وقد تسالم الجميع على ان الاصل ان لا يؤخذ المال ممن هو في يده الا بالبينة .

وتسأل : ان من الاصول المتسالم عليها ايضاً ان التخاصم اذا وقع بين اثنين على الاقل والاكثر اخذ بقول من يدعي الاقل ، لأن الأصل عدم الزيادة .

والجواب : ان هذا الاصل صحيح فيما اذا ادعى احد المتخاصمين ان له في ذمة الآخر عشرة – مثلاً – وقال المدعى عليه : بل لك عليّ خمسة ، لا عشرة ، فيؤخذ بقول مدعي الاقل ، لاصل عدم الزيادة ، وهذا اجنبي عما نحن فيه ، لأن المفروض ان المشتري لا يدعي شيئاً على الشفيع ، وانما الشفيع هو الذي يدعي الاستحقاق على المشتري ، قال صاحب الجواهر :

« القول قول المشتري بيمينه ، لأنه هو الذي ينتزع الشيء من يده ، ولأنه هو اعرف بالعقد ، ولأنه الغارم ، ولأنه ذو اليد ، ولأنه الذي يترك لو تُرك ، ولأن المشتري لا دعوى له على الشفيع ، اذ لا يدعي عليه شيئاً في ذمته ، ولا تحت يده ، وانما الشفيع يدعي استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الذي يعترف به الشفيع ، والمشتري ينكره ، ولا يلزم من قوله اشتريته بالأكثر ان يكون مدعياً ، وان كان خلاف الاصل ، لأنه لا يدعي استحقاق ذلك على الشفيع ، ولا يطلب تغريمه اياه » .

وكل هذا حق وصحيح ،ومع ذلك ينبغي ان لا يؤخذ بقول المشتري اذا وجدت قرائن تدل على اتهامه ، كما لو ذكر ثمناً باهظاً جداً ، أكثر بكثير من الثمن المألوف والمعتاد .

٢ – اذا قال المشتري للشفيع : انا غرست وبنيت بعد ان اشتريت فقال الشفيع : كلا ، بل كان الغرس والبناء قبل ان تشتري فالقول قول المشتري بيمينه ، لأن البناء والغرس ملك له ، والشفيع يدعي عليه الحق في تملكها فعليه الاثبات .

٣ ـ اذا ادعى احد الشريكين انه باع نصيبه من اجنبي ، وانكر الأجنبي ذلك ، وحلف اليمين سقطت دعوى الشريك ، ولكن

ولكن هل للشريك الثاني ان يطالب شريكه الذي ادعى انه باع سهمه ان يطالبه بحق الشفعة ، لمكان اعترافه بالبيع ؟

قال جماعة من الفقهاء : له ذلك ، لحديث : « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » .

وذهب آخرون منهم صاحب الجواهر ، الى عدم ثبوت الشفعة في هذه الحال ، لأن ثبوتها فرع عن ثبوت البيع ، والمفروض عدم ثبوته، والاجماع والنص صريحان بأن الشفيع يأخذ من المشتري ، لا من البائع ، أما اقرار البائع بأنه باع الأجنبي فلا أثر له اطلاقاً بالنسبة الى الشفيع ، بخاصة بعد ان سقطت دعواه .

٤ ـ اذا قال المشتري لمدعي الشفعة : أنت اجنبي ،ولست بشريك ، فلا شفعة لك فان كانت يد مدعي الشفعة على المبيع فالاثبات على المشتري ، والا فعلى مدعي الشفعة ان يثبتها بالبينة .

٥ ـ سبق ان الشفعة انما تثبت لمن كان شريكاً حين البيع ، ويخرج سهمه عن ملكه قبل الأخذ بالشفعة ، وعليه فمن اراد ان يأخذ بالشفعة يجب ان يثبت انه كان مالكاً عند البيع ، ويتفرع على ذلك ان أحد الشريكين اذا باع سهمه من زيد ـ مثلاً ـ والشريك الآخر باع سهمه من عمرو،وحصل البيع من الاثنين دفعة واحدة فلا شفعة لأحد المشترين على الآخر ، للتساوي وعدم السبق .. واذا تقدم شراء أحدهما ، وتأخر شراء الآخر فالشفعة للسابق على اللاحق .. واذا ادعى السبق كل منهما،ولا بينة تُعيّن تاريخ بيعهما ، أو بيع أحدهما فكل منهما مدعٍ ومنكر في آن واحد ، أي يدعي الشفعة لنفسه ، وينفيها عن

غيره ، والحكم في المتداعيين هو التحالف ، فاذا حلف كل من المشترين استقر ملكه على ما اشتراه ، وتكون النتيجة عدم الشفعة لكل منهما .

وإذا طالب احدهما بالشفعة دون الآخر فعلى مدعي الشفعة البينة ، وعلى الآخر اليمين ،لأن الشرط في ثبوت الشفعة هو سبق ملكية الشفيع ، كما أشرنا ،وبديهة ان مجرد الشك في وجود الشرط كاف لنفي المشروط.. ويكفي ان يحلف المنكر على نفي الشفعة ، ولا يطلب منه ان يحلف على انه السابق دون غيره ، لأن الغرض من الدعوى استحقاق الشفعة ، واليمين على نفي الاستحقاق يحقق الغرض المطلوب .. وهكذا في جميع الدعاوى لا يطلب من الحالف الا نفي موضوع الدعوى الذي يراد اثباته .

المضاربة

غيره ، والشك في المشتريين هو الحالف ، فإذا حلف كل من المشتريين استقر ملكه على ما اشتراه ، وتكون النتيجة عدم الشفعة لكل منهما .

وإذا طالب أحدهما بالشفعة دون الآخر فعلى المدعي البينة ، وعلى الآخر اليمين ، لأن الشرط في ثبوت الشفعة هو سبق ملكية الشفيع ، لا أمر عدمي ، لأن مجرد الشك في وجود الشرط كاف لنفي المشروط . ويكفي أن يحلف المنكر على نفي الشفعة ، ولا يطلب منه أن يحلف على أنه السابق دون غيره ، لأن الغرض من الدعوى استحقاق الشفعة ، واليمين على نفي الاستحقاق ينفي الغرض المطلوب .. وهكذا في جميع الدعاوى لا يطالب من الحالف إلا نفي موضوع الدعوى التي يراد إثباته .

اللقطة

معناها :

إذا اتفق اثنان على ان يكون المال من احدهما ، والعمل بهذا المال في التجارة من الآخر ، على ان يكون الربح بينهما سمي هذا الاتفاق مضاربة ، وقراضاً ، ومقارضة .

ومصدر التسمية بالمضاربة قوله تعالى : « وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله – ٢٠ المزمل » .. ووجه التسمية بالقراض ان معنى القرض القطع ، تقول : قرضت الشيء ، اي قطعته ، وصاحب المال هنا يقتطع قدراً من ماله ، ويسلمه الى العامل ، أما المقارضة فمعناها المساواة ..

ويجوز ان يكون كل من المالك والعامل أكثر من واحد ، فيعطي الرجل ماله لاثنين على سبيل المضاربة ، أو يعطي الرجلان مالهما لواحد كذلك .

وقد تكررت في كتب الفقه ، باب المضاربة هذه العبارة : ان اتفقا على ان يكون المال من احدهما ، والعمل من الآخر ، والربح بينهما فهو مضاربة ، وان اتفقا على ان يكون الربح للعامل والخسارة عليه ، ولا شيء للمالك الا رأس المال فهو قرض المعروف بالدين ، وان اتفقا على ان يكون الربح للمالك ، والخسارة عليه ، ولا شيء للعامل إلا اجرة المثل او الاجرة المسماة فهو بضاعة .

وجاء في كتاب الجواهر : « ان المضاربة تلحقها بعض احكام الوكالة، والوديعة ، والشركة ، وغيرها كالغصب ، واجرة المثل » .

شرعية المضاربة :

المضاربة مشروعة اجماعاً ونصاً ، ومنه ان الامام الصادق (ع) سئل عن الرجل يقول لآخر : ابتاع لك متاعاً ، والربح بيني وبينك ؟ قال لا بأس .

وقال صاحب الجواهر : « المشهور ، بل المجمع عليه مشروعية المضاربة ، المدلول عليها بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراضٍ ، وبالمتواتر من السنة عند الشيعة والسنة فما عن بعض الفقهاء انها غير مشروعة معلوم البطلان ، وواضح الفساد » .

المضاربة جائزة غير لازمة :

اتفقوا على ان عقد المضاربة جائز من جانب المالك والعامل ، فيجوز لكل منهما الفسخ والعدول قبل الشروع بالعمل وبعده ، حصل الربح أو لم يحصل ، تحول المال الى سلعة أو لم يتحول ، اشتُرط فيها وقت معين ، أو كانت مطلقة . قال صاحب الجواهر : « الاجماع على ذلك ، وهو الحجة في الخروج عن قاعدة اللزوم » .

الشروط :

لا بد في المضاربة من الأمور التالية :

١ — الايجاب من المالك ، والقبول من العامل ، ويتحققان بكل ما دل عليهما من قول أو فعل .

٢ - العقل والبلوغ والاختيار في المالك والعامل وفقاً للقواعد العامة المقررة في شروط المتعاقدين ، وقد مر بيانها مفصلاً في الجزء الثالث .. وأيضاً يعتبر فيهما عدم الحجر لسفه ، لأن السفيه لا يجوز بيعه ، ولا شراؤه ، ولا ايجار نفسه ، أما التحجير للافلاس فانه يخرج المفلس عن أهلية التصرف في ماله ، ولا يخرجه عن أهلية التصرف في مال الغير بالنيابة بخاصة اذا عاد عليه بالنفع ، فان كل ما يتجدد له من مال فهو في صالحه، وصالح الدائنين .

٣ - ان لا يكون مال المضاربة ديناً ، قال الامام الصادق (ع) : قال علي امير المؤمنين (ع) : في رجل له على رجل مال ، فتقاضاه - أي طالبه بقضاء الدين - ولا يكون عنده ، فيقول صاحب المال : هو عندك مضاربة ؟ قال : لا يصح ، حتى يقضيه .

٤ - ان يكون مال المضاربة من الذهب والفضة المسكوكين، كالدرهم والدنانير .. هكذا قال الفقهاء ، مع اعترافهم بأنه لا نص على حصر مال المضاربة بالنقدين .

والوجه الذي ذكروه لهذا الاجماع يتلخص بأن المضاربة على خلاف الأصل ، لان الاصل في الربح ان يكون تابعاً لرأس المال ، وكل ما خالف الاصل يقتصر فيه على موضع اليقين ، وهو هنا الذهب والفضة .. فقد جاء في الجزء السابع من كتاب مفتاح الكرامة باب القراض صفحة ٤٣٩ : « لا ريب في مخالفة المضاربة للاصل من وجوه ، فيقتصر فيما خالفه على المتيقن المجمع عليه - ثم قال صاحب الكتاب المذكور - فما ظنك باطباق الفقهاء ، واكثر السنة على اشتراط كون مال المضاربة من النقدين .. »

ونجيب عن هذا :

أولاً : ان المضاربة على وفق القاعدة التي دل عليها قوله تعالى : « الا ان تكون تجارة عن تراض »..وعليه تصح كل مضاربة تقع على نقد رائج مهما كان نوعه .

ثانياً : نحن لا نعتبر الاجماع الذي علمنا ، بل ظننا ، بل احتملنا ان مستنده هذا الاصل ، أو تلك الآية أو الرواية ، بل ندعه جانباً ، وننظر الى مستنده بالذات ، والاجماع الذي نعتمده هو الاجماع الذي نعلم انه كاشف عن رأي المعصوم(ع). وبديهة ان الاحتمال لا يجتمع مع العلم .. أما القول بأن الاجماع يكشف عن وجود دليل معتبر عند المجمعين ، اطلعوا عليه، وخفي علينا فهو كلام لا منشأ له الا حدس قائله .. ولو صح لصح قول من قال : ان فتوى الصحابي حجة ، لأنه سمع حديث رسول الله (ص) ، وخفي علينا نحن .

ثالثاً : ان ما جاء عن الامام الصادق (ع) غير مقيد بالنقدين باعتراف الفقهاء الذين خصصوا المضاربة وحصروها فيها .. من ذلك قوله (ع) : « الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا ان يخالف أمر صاحب المال » . فهذه الرواية تشمل كل ما يعمل به مضاربة ، سواء أكان من النقدين ، أو من غيرهما ، ومثلها كثير . ومن هنا قال صاحب الحدائق : « من لا يلتفت الى دعوى مثل هذه الاجماعات ، لعدم ثبوت كونها دليلاً شرعياً فانه لا مانع عنده من الحكم بالجواز في غير النقدين نظراً الى عموم الأدلة الدالة على جوازه ، وتخصيصها يحتاج الى دليل شرعي وهو غير موجود » .

رابعاً : او افترض ان المعاملة في غير النقدين لا تسمى أو لا تصح مضاربة فانها تصح جعالة ، والنتيجة واحدة ، قال صاحب العروة الوثقى ما نصه بالحرف : « يجوز ايقاع المضاربـة بعنوان الجعالة ، كأن يقول : اذا اتجرت بهذا المال،وحصل ربح فلك نصفه ، فيكون جعالة تفيد فائدة المضاربة ، ولا يلزم ان يكون جامعاً لشروط المضاربة ، فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين ، أو ديناً ، او مجهولاً جهالة لا توجب الغرر » .

خامساً: ان الذهب والفضة يذكران في الغـالب تعبيراً عن النقد الرائج في ذلك العصر مثل قول الامام الصادق (ع) : « لا تؤجر الأرض بالحنطة ، ولا بالشعير ، ولا بالتمر .. ولكن بالذهب والفضة » . ولا نعرف فقيهاً يقول بأن ايجار الأرض لا يصح بالنقد غير الذهب والفضة ، نقول هذا مع العلم بأن الذهب والفضة لم يردا اطلاقاً في روايات المضاربة .

٥ – ان يكون رأس المال معلوماً ، لأن الجهل به يستدعي الجهل بالربح ، فيتعذر تمييز الربح عن رأس المال ، وتقع المنازعة التي يجب التجنب عنها ما أمكن .

٦ – ان يكون الربح مشاعاً بين المالك والعامل ، فلا يصح اشتراط مقدار معين لأحدهما ، كعشرين درهماً – مثلاً – والبقيـة للآخر ، لأنه يؤدي الى قطع الشركة ، وانتفاء المضاربـة من رأس، ويدل على ان الربح لا بد ان يكون مشاعاً قول الامام الصادق (ع) : « الربح بينهما ، والوضيعة على المال » .

وليس من الضروري ان يكون نصيب كل منهـا معادلاً لنصيب

الآخر ، بل يجوز التفاوت على نحو الربع والخمس ، وما الى هذا مما يتم عليه الاتفاق .. اجل ، مع الاطلاق ، وعدم بيان الحصة يقسمان الربح مناصفة بينهما ، لأنه المعروف بين الناس .

٧ – هل يجب ان يكون رأس المال في يد العامل ، بحيث لا يصح اشتراط ان يساوم ويبيع ويشترى العامل لحساب المضاربة ، ويحيل على المالك ، تماماً كما هو الشأن في امين الصندوق ؟

قال جماعة من الفقهاء : يجب ان يكون المال في يد العامل، ليتمكن من العمل . وقال آخرون : لا يجب، لأن العمل كذلك ممكن ويسير . واكثر الفقهاء سكتوا عن هذا الشرط ، ولم يتعرضوا له سلباً ولا ايجاباً قال صاحب مفتاح الكرامة: «والذي يظهر من اكثر الفقهاء انهم لا يعتبرون هذا الشرط ، حيث يذكرون سائر الشروط ويتركونه » . وهو الحق .

ما يشترطه المالك والعامل :

الشروط التي ذكرناها في الفقرة السابقة شروط شرعية من اعتبار الشارع بالذات ، بحيث لا تتحقق المضاربة الا بوجودها كاملة ، وتنتفي المضاربة بانتفاء أحدها .. وللمالك والعامل ان يضيفا شروطاً اخرى يتفقان عليها ، على شريطة ان لا تتنافى مع مقتضى العقد وطبيعته ، او تحلل حراماً ، او تحرم حلالاً شأنها في ذلك شأن سائر العقود .

وعلى هذا ، فاذا اشترط المالك على العامل ان لا يسافر بالمال ، أو يسافر به لجهة معينة دون غيرها ، أو لا يتاجر إلا بنوع خاص من السلع وما الى ذاك صح الشرط ووجب الوفاء به . واذا خالف ، وطرأ على المال شيء فضمانه على العامل ، لأنه وكيل أو بمنزلة الوكيل على المال ، وعلى الوكيل ان ينفذ أوامر الموكل . وقد سئل الإمام الصادق(ع)

على رجل يعمل بالمال مضاربة ؟ قال : له الربح ، وليس عليه من الوضيعة شيء إلا أن يخالف ما أمر صاحب المال .. وأيضاً سئل عن رجل يعطي المال مضاربة ، وينهى ان يخرج به ، فخرج ؟ قال : يضمن المال ، والربح بينهما .

وتسأل : ان الضمان مع تعدي اذن المالك على وفق القاعدة ، أما مشاركة المعتدي مع المالك في الربح فلا وجه له .. وهل يستحق شيئاً على عمل لم يكن مأذوناً به ؟

الجواب : إن عدم الاستحقاق مع التعدي هو مقتضي الأصل والاجتهاد.. وبديهة انه لا أصل ولا اجتهاد مع وجود النص .. هذا ، الى انه بعد حصول الربح قد تبين ان العامل لم يتعدّ ، لأن المالك عندما ضاربه فانما ضاربه وشاركه على أساس المصلحة ، فكأنه قال له : افعل جميع ما فيه مصلحة المضاربة ، حتى ولو منعتك عنه .

شرط النفع زيادة عن الحصة :

قال صاحب العروة الوثقى : « اذا اشترط احدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالاً أو عملاً ، كما لو اشترط المالك على العامل ان يخيط له ثوباً ، أو يعطيه درهماً ، أو نحو ذلك : أو اشترط هذا العامل على المالك فالظاهر صحة الشرط . وكذا إذا اشترط احدهما على الآخر بيعاً أو قرضاً أو قراضاً ، أو بضاعة أو نحو ذلك صح . ودعوى ان القدر المتيقن ما إذا لم يكن من المالك الا رأس المال ، ومن العامل إلا التجارة مدفوعة بأن ذلك من حيث متعلق العقد – أي ان العقد لا يوجب ذلك من حيث هو ، ومن غير شرط ، أما مع الشرط فانه يقتضيه ، ولا ينافيه – ويكفي في صحته عموم أدلة الشرط » .

توقيت المضاربة :

اذا حُددت المضاربة بوقت معين ، كما لو قال : ضاربتك بهذا المال الى سنة ، وقبل العامل فهل يصح العقد والشرط ، أو يبطلان معاً ، أو يصح العقد دون الشرط ؟

وللفقهاء في ذلك أقوال ثلاثة ... ونحن على رأي صاحب الجواهر ، حيث قال : ان اريد من اشتراط الأجل أن تكون المضاربة لازمة قبل مضيه ، بحيث لا يجوز للمالك ولا للعامل الرجوع والفسخ إلا بعد الأجل بطل العقد والشرط ، لأنه منافٍ لمقتضاه وطبيعته ، أي الجواز .. وان اريد به ان أي تصرف يصدر منَ العامل بعد الأجل فهو غير جائز ، وليس من المضاربة المتفق عليها صح الشرط والعقد ، لأنه لا يستدعي أي محذور .

واذا اطلق العقد ، ولم يقيد العامل بعمل أو زمان أو مكان خاص تصرف العامل حسبما تقتضيه مصلحة الشركة .

شرط الضمان والخسارة على العامل :

اتفقوا على ان المال اذا خسر أو هلك منه شيء في يد العامل بلا تعدٍّ او تفريط احتُسبت الخسارة من الربح ان كان المال قد ربح ، فان لم يكن ربحٌ اصلاً ، او كان ولم يف بالخسارة احتسبت من رأس المال ، وتحملها المالك وحده . قال صاحب الجواهر : « ان الربح وقاية لرأس المال في شرع المضاربة وعرفها » .

هذا اذا كان عقد المضاربة مطلقاً ، ولم يذكر فيه ان العامل يتحمل شيئاً من الخسارة او يضمن المال الهالك ، وان لم يفرط .. اما اذا اشترط

المالك على العامل ان يتحمل من الخسارة ، أو يضمن المال على كل حال ، ورضي العامل بالشرط فهل يصح الشرط ، أو يقع لغواً ؟.

قيل : يبطل الشرط والعقد معاً ، وقيل : يبطل الشرط دون العقد، وقال صاحب الجواهر وصاحب العروة الوثقى : يصح الشرط والعقد . لأن المضاربة منها مطلقة ، وهي التي لم تقيد بقيد ، ومن أحكامها ان تكون الخسارة بشتى أنواعها على المالك ، ولا شيء على العامل إلا اذا فرط أو اعتدى ، ومنها مقيدة ، وهي التي قيدت بقيد ، ومنه اشتراط الضمان والمساهمة في الخسارة ، وان لم يفرط .. وهذا القيد يتنافى مع المضاربة المطلقة التي لم تقيد بشيء ، ولا يتنافى مع طبيعة المضاربة التي هي القاسم المشترك ، والقدر الجامع بين المضاربة المطلقة والمقيدة. وبتعبير الفقهاء ان هذا الشرط يتنافى مع العقد المطلق ، لا مع مطلق العقد .. وعليه فلا مانع من التمسك لصحة الشرط بحديث : « المؤمنون عند شروطهم » . وآية « تجارة عن تراض » .

تصرفات العامل :

قال الفقهاء : إذا كان عقد المضاربة مطلقاً فلا يجوز للعامل ان يسافر بالمال ، أو يستأجر أحداً في عمل المضاربة ، ولا أن يبيع أو يشتري نسيئة ، ولا ان يبيع بأقل من ثمن المثل ، أو يشتري بأكثر منه الا بإذن المالك ، فاذا فعل العامل شيئاً من ذلك بلا اذن بطل عمله إلا اذا أجاز المالك .

والحق ان المالك اذا قيد التصرف بشيء خاص وجب التقيد به ، وليس للعامل ان يبدل أو يعدّل إلا بعد مراجعة المالك ، لأن المال له، والناس مسلطون على أموالهم ، وان خالف انقلبت يده الى يد ضمان . أما إذا أطلق المالك ، ولم يقيد العامل بشيء فللعامل ان يتصرف على

أساس المصلحة التي يراها العقلاء ، ويهدفون اليها من تصرفاتهم كما عليه ان يمتنع عن كل تصرف يراه العقلاء ضرراً على الشركة .

النفقة :

كل ما ينفقه العامل في ذهابه وإيابه ، وما إلى ذلك مما يعود الى تدبير الشركة واغراضها فهو من مالها : على شريطة ان يكون الانفاق بالمعروف ، وكل ما هو خارج عنها وعن مصلحتها فهو من ماله ، قال الامام الصادق (ع) : « ما انفق المضارب في سفره فهو من جميع المال ، واذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه » .. وتخصيص مورد الرواية بالسفر لا يجعلها خاصة به ، وانما ذكر في باب المثال .

فساد المضاربة :

إذا فسدت المضاربة لسبب من الأسباب كان الربح للمالك ، لأنه تبع لماله ،وعليه أجرة المثل للعامل،سواء أكان العامل جاهلاً بفساد المضاربة ، أو عالماً ، لأن المفروض انه عمل باذن المالك ، لا وجه التبرع . وقد اتفق الفقهاء على ان فساد العقد الجائز ، كالوكالة ، والوديعة والعارية والمضاربة لا يستدعي فساد الاذن ، وعبروا عن بقاء الاذن بعد فساد العقد الجائز بالاذن الضمني[1] .. واتفقوا أيضاً على ان كل عمل غير متبرع به تجب له أجرة المثل ، لقاعدة احترام مال الانسان وعمله .

---

١ من الفروق بين العقود اللازمة ، والعقود الجائزة ان العقد اللازم كالبيع اذا فسد ارتفع الاذن ، لان الاذن منوط بسلامة العوض وصحة المبادلة ، فاذا لم يسلم العوض ولم تصح المبادلة انتفى الاذن قهراً،اما العقد الجائز كالعارية فان الاذن فيه غير منوط بعوض ومبادلة فاذا فسد العقد يبقى الاذن،لهذا اسمى الفقهاء العقود الجائزة بالعقود الاذنية .

ضمان العامل :

لا يضمن العامل شيئاً مما يطرأ على المال الا مع التعدي أو التفريط، قال الإمام أبو جعفر الصادق (ع) : « من اتجر بمـال واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان » ولا فرق في ذلك بين أن يكون عقد المضاربة صحيحاً أو فاسداً ، لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وتكلمنا عنها مفصلاً في الجزء الثالث .

واذا ادعى المالك ان العامل تعدى أو فرط فعليه البينة ، ولا شيء على العامل الا اليمين لأنه أمين .

مسائل :

١ – إذا كان في مرض الموت ، وأعطى مالاً لآخر ليتجر به على سبيل المضاربة ، ولكن اشترط له من الربح أكثر من المعتاد كثلاثة أرباع ، أو أربعـة أخماس ، إذا كان كذلك مضى الشرط ، وليس للورثة حق الاعتراض،سواء قلنا بأن تبرعات المريض تخرج من الأصل أو من الثلث ، لأنه لم يفوت شيئاً على الورثة ، إذ الربح الذي يحصل ليس مالاً للمريض، وانما حدث بفعل العامل ، ولم يستند حصول الربح الى مال المريض مباشرة ، كالثمرة على الشجرة ، وما اليها .

٢ – إذا جرى عقد لازم بين اثنين كالبيع ، واشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يعطيه مالاً ليتجر به على سبيل المضاربـة لزم الشرط ، ويكون من باب الالتزام في التزام، وعلى من اشترط عليه ذلك ان يفي ، فان خالف كان الآخـر خيار الشرط بالقياس الى العقد اللازم .. ولكن إذا دفع له المال لا تصير

المضاربة لازمة بذلك ، بل يجوز لكل منها فسخها والعدول عنها .. أجل ، إذا اشترط أن تكون المضاربة الى أمد معين فلا يجوز الفسخ قبل مضي الأمد،لوجوب الوفاء بالشرط الذي أصبح لازماً لأنه في ضمن عقد لازم .

٣ – إذا أهمل العامل وتكاسل عن التجارة ، بحيث مرت به فرص كثيرة ، ولم يكترث ، وفوت عليه وعلى المالك الكثير من الأرباح فلا يستحق المالك عليه شيء غير رأس المال ، وان كان ملاماً ، بل وآثماً في تعطيل مال الغير . والسر أن العامل لم يتصرف في مال المالك تصرفاً يوجب الاضرار به ، وانما جمده ، ووقف منه موقفاً سلبياً ، ففوت عليه المنفعة،وتفويت المنفعة شيء ، وادخال الضرر الذي يوجب التغريم شيء آخر .. واذا اشتبهت عليك الحال فقارن بين من أتلف مال غيره ، وبين من منع غيره من شراء سلعة تعود عليه بالربح ، فان الأول آثم وضامن ، والثاني غير ضامن ، ومسألتنا من النوع الثاني .

٤ – اذا اشترى العامل بضاعة بالدين ، حيث يجوز له ذلك ، ثم هلك مال المضاربة ، ولم يبق منه ما يفي بالدين فهل يرجع الدائن على العامل ، أو على المالك ؟

الجواب : يخير الدائن صاحبُ البضاعة بين الرجوع على العامل لأنه هو الذي اجرى معه المعاملة واستدان منه ، وبين الرجوع على المالك لأن الدين يثبت في ذمته ، إذ المفروض ان الخسارة عليه وحده ، واذا رجع الدائن على العامل رجع هذا بدوره على المالك .

٥ – ذهب المشهور بشهادة صاحب المسالك الى ان العامل يملك حصته من الربح بمجرد ظهورها ، ولا تتوقف ملكيته على القسمة ،

ولا على الانقاص ، أي تحويل البضاعة الى نقود ، لأن سبب ملكيته للربح هو نفس الشرط الواقع في ضمن العقد، وبموجب الشرط يملك الربح متى وجـد ، وتترتب على ملكيته للربح جميع الآثار من كون العامل شريكاً مع المالك ، وجواز بيع حصته من الربح ، وانتقالها الى الورثة ، ومن تعلق الخمس والزكاة وحق الغرماء ، وغير ذلك .

وعلى هذا فان اتفق الطرفان على قسمة الربح مع بقاء المضاربة على رأس المال فلهما ذلك ، وإذا طلب أحدهما قسمة الربح فقط ، وامتنع الآخر قال العلامة الحلي في القواعد لا يجبر عليها الممتنع . والذي نراه هو الرجوع الى الأحكام المقررة في باب الشركة لامتنـاع الشريك عن القسمة إذا طلبها شريكه .

انتهاء المضاربة :

تنتهي المضاربة بأحد الأسباب التالية :

١ – أن يفسخ المالك أو العامل،لأن عقد المضاربة جائز من الجانبين.

٢ – ان يتلف مال المضاربة قبل أن يباشر العامل بالعمل ويشتري شيئاً لحساب المضاربة،لانتفاء موضوعها ، أما إذا اشترى بضاعة باذن خاص أو عام من المالك ، وقبل أن ينقد ثمنها هلك مال المضاربة فعلى المالك أن يدفع ثمنها ، وتبقى المضاربـة على ما هي ، كما قدمنا في الفقرة السابقـة المسألة ٤ .. وأيضاً تبقى المضاربة إذا اتلف المال أجنبي، وتنتقل الى العوض الذي يغرمه المتلف .

٣ – ان يموت العامل أو المالك،لأن الأول بمنزلة الوكيل المأذون ،

فاذا مات بطل الاذن والوكالة ، وبموت الثاني ينتقل المال الى ورثته فيحتاج التصرف فيه إلى اذنهم ، قال صاحب الجواهر:

« تبطل المضاربة بموت كل منهما ، لأنها في معنى الوكالة التي هي كغيرها من العقود الجائزة ، نحو العارية والوديعة،تنفسخ بالموت والجنون والاغماء ، ونحو ذلك مما يقتضي بطلان الاذن من المالك الذي هو بمنزلة الروح لهذا العقد وشبهه ، بل ظاهر الفقهاء في المقام وغيره عدم تأثير اجازة الوارث،أو ولي المالك في حال الجنون والاغماء ، لتصريحهم بالفساد بعروض العوارض ».

وإذا كان في مال المضاربة سلعة باعها العامل ، بعد موت المالك وحولها الى نقود ، حتى يظهر بذلك ربحه ، ولا يجوز ان يشتري بالنقود سلعة أخرى ، لأن المفروض انتهاء المضاربة ، وبعد أن يأخذ حصته من الربح يدفع الباقي الى ورثة المالك .

٤ ـ ان يعرض الجنون لاحدهما ، لأنـــه يسلب الانسان عن أهلية التصرف في ماله ومال غيره .. ومثله اذا عرض السفه للمالك أو العامل ، للسبب نفسه .. أما المحجر عليه لفلس فلا يجوز ان يكون مالكاً أي ان يضارب بماله،ويجوز ان يكون عاملاً ، لأن التحجير للافلاس يخرجه عن أهلية التصرف في أمواله ، ولا يخرجه عن اهلية التصرف في مال الغير بالنيابة .

القسمة بعد انتهاء المعارضة :

إذا انتهت المضاربة بأحد الأسباب يجري العمل على التفصيل التالي :

١ ـ ان تنتهي المضاربة قبل ان يشرع العامل بالعمل أو بمقدماته ،

والحكم ان يعود المال الى صاحبه ، ولا شيء للعامل،ولا عليه، حتى كأن لم يكن شيء .

٢ - ان تنتهي المضاربة في أثناء العمل ، ولكن قبل حصول الربح والحكم تماماً كالصورة الأولى: يعود المال الى صاحبه ، ولا شيء للعامل ولا عليه ، وقال صاحب الشرائع : « يجب على المالك في مثل هذه الحال ان يدفع للعامل اجرة المثل » ورده صاحب الجواهر : « بأن هذا منافٍ للمعلوم من شرع المضاربة المبنية على استحقاق العامل من الربح ان حصل ، وإلا فلا شيء له ».

٣ - ان تنتهي المضاربة بعد العمل ، وبعد تحويل مال المضاربة كله الى نقود ، بحيث لا يوجد فيه شيء من البضاعة فاذا كان في المال ربح أخذ العامل حصته حسب الشرط المتفق عليه ، والباقي للمالك ، وان لم يكن ربح يأخذ المالك المال كله ، ولا شيء للعامل ولا عليه .

٤ - إذا انتهت المضاربة ، وفي المال سلعة يُنظر : فان لم يكن فيها ربح فلا يجوز للعامل أن يتصرف في السلعة إلا باذن المالك ، كما انه ليس للمالك أن يجبره على بيع السلعة .

وان كان فيها ربح يكون المالك والعامل شريكين في العين ، وعلى هذا فان اتفقا على قسمتها أو بيعها ، أو الانتظار إلى الوقت المناسب فذاك ، وان طلب أحدهما بيعها ، وامتنع الآخر فهل يُجبر الممتنع على البيع ، أو لا ؟

للفقهاء في ذلك ثلاثة أقوال : الأول يجبر . الثاني لا يجبر . الثالث يجبر العامل دون المالك . والحق ان نطبق الأحكام المقررة في باب الشركة لامتناع الشريك عن القسمة إذا طلبها شريكه .

التنازع :

١ – إذا قال : اعطيتك مالي للمضاربة فأنكر ، وقال : كلا لم آخذ منك شيئاً ، وبعد ان أثبت المدعي دعواه بالبينة اعترف العامل ، وقال : أجل ، أخذت المال مضاربة ، ولكنه هلك فلا تسمع دعواه ، بل يُرد قوله بلا بينة ، ولا يمين ، ويحكم عليه بالمبلغ ، لأن انكاره أولاً يشكل اعترافاً بأنه كاذب في دعوى التلف .. أما إذا لم ينكر ، بل اعترف بالمال وادعى تلفه من غير تعد أو تفريط فالقول قوله بيمينه . وكذا إذا ادعى الخسارة ، أو عدم الربح ، لأنه أمين ، وليس على الأمين إلا اليمين .

وإذا ادعى العامل انه ارجع المال ، ورده إلى صاحبه فلا يقبل منه إلا بالبينة ، قال صاحب الجواهر : « لعموم الحديث : « البينة على المدعي » . وقبول قول العامل بالتلف لا يقتضي قبول قوله في الرد ، وليس في الأدلة ما يقتضي قبول قول الأمين في جميع ما يدعيه على وجه يشمل ما نحن فيه ، والقياس على الودعي غير جائز عندنا خصوصاً بعد الفرق بينهما ، لأن القبض في الوديعة كان لمصلحة المالك فقط ، أما القبض في المضاربة فهو لمصلحة المالك والعامل » .

٢ – إذا اختلفا في مقدار رأس المال ، فقال المالك : هو ألفان ، وقال العامل : هو ألف فالقول قول العامل بيمينه ، مع عدم البينة ، لأن الأصل عدم الزيادة .

وإذا اختلفا في شرط زائد على اطلاق العقد ، كما لو قال المالك : اشترطت عليك عدم شراء القطن – مثلاً – وأنكر العامل ، فعلى من يدعي الاشتراط البينة ، واليمين على من انكر ، لأن الأصل عدم الاشتراط ، حتى يثبت العكس .

وإذا اختلفا في مقدار حصة العامل من الربح ، فقال المالك : هي الربع . وقال العامل : بل النصف فالقول قول المالك بيمينه مع عدم البينة ، لأن الأصل ان يكون الربح تبعاً للمال ، وليس للعامل منه إلا ما أقر له به المالك ، أو ثبت بالبينة .

٣ ـ إذا قال العامل للمالك بعد ان ظهر الربح : أخذت المال منك على سبيل القرض ، لا على الضمان فلا شيء لك من الربح . وقال المالك : بل اعطيتك المال على المضاربة ، فلي نصف الربح ، إذا كان كذلك فكل منهما مدعٍ ومنكر معاً ، فالمالك يدعي ان المال مضاربة ، وينكر الدين ، والعامل يدعي انه دين ، وينكر المضاربة .. فان كانت بينة تُعين أحد الأمرين عُمل بها ، وإلا فعلى كل منهما ان يحلف اليمين على نفي دعوى الآخر ، فان حلف احدهما ، ونكل الآخر أُخذ بقول الحالف . وان حلفا معاً ، أو نكلا معاً سقط قول الاثنين ، وعاد كل شيء الى أصله ، حتى كأن لم يكن دين ولا مضاربة . ونتيجة ذلك ان يكون المال والربح للمالك ، وعليه اجرة المثل للعامل إلا اذا كانت اجرة المثل أكثر من مجموع الربح فان العامل يأخذ الربح فقط لاعترافه بأنه لا يستحق أكثر منه ، وإذا كانت اجرة المثل أقل من نصف الربح فعلى المالك ان يدفع للعامل مقدار نصف الربح ، لا أجرة المثل ، لأنه يعترف ان العامل يستحق النصف بوصفه مضارباً .. وهذا هو معنى قول الفقهاء : يأخذ العامل أكثر الأمرين من اجرة المثل ونصف الربح الا اذا زادت الاجرة عن تمام الربح .

٤ ـ اذا اشترى العامل سلعة ،وادعى انه اشتراها لنفسه ، لا للمضاربة، وقال له المالك : بل اشتريتها للمضاربة ، وانما ادعيتها لك

بعد ان ظهر فيها الربح ، اذا كان كذلك فالقول قول العامل،
لأنه أبصر بنيته التي لا تُعلم إلا من قبله .. وكذا اذا قال ،
اشترَيت للمضاربة ، وقال المالك : بل اشترَيت لنفسك، وانما
ادعيت الشراء للمضاربة لما ظهرت الخسارة . والدليل الدليل .

المزارعة

بعد أن تظهر فيها الربح، أما كان كذلك فالقول قول العامل، لأنه أمين فيه التي لا تُعلم إلا من قبله ، وكذا اذا قال : اشتريت المضاربة ، وقال المالك : بل اشتريت لنفسك، وانما لاحتمال الشراء للمضاربة لما ظهرت الخسارة . والدليل الدليل .

معناها :

المزارعة نوع من الشركة الزراعية لاستثمار الأرض ، يتعاقد عليها المالك والعامل ، على ان تكون الأرض من الأول ، والعمل من الثاني ، والمحصول بينهما بنسبة يتفقان عليها ، وإلى هذا يرجع تعريف الفقهاء بأنها معاملة على الأرض بحصة من نمائها .

فخرج « بالمعاملة على الأرض » المساقاة ، فانها معاملة على الشجر ، وخرج « بالحصة » اجارة الأرض للزراعة ، إذ لا تصح بحصة من نمائها .

ويسمى العامل في الأرض مزارعاً ، والمالك رب الأرض .

شرعية المزارعة :

المزارعة مشروعة اجماعاً ونصاً ، ومنه قول الامام الصادق (ع) : لا بأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس .. وقوله : ان رسول الله (ص) لما فتح خيبر تركها في أيديهم على النصف . وإلى ذلك كثير ، قال صاحب الجواهر : « لا ريب في مشروعية المزارعة عند علماء الاسلام ، والنصوص فيها وفي المساقاة مستفيضة أو متواترة » .

المزارعة لازمة:

قال صاحب الجواهر : عقد المزارعة لازم بالاجماع ، لقاعدة اللزوم المستفادة من آية : اوفوا بالعقود ، ولا ينفسخ عقدها الا بالتقايل ، أو باشتراط الخيار ، أو بخروج الأرض عن الانتفاع ، ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين ، كما هو الشأن في العقود اللازمة ، فإذا مات رب الأرض ، أو العامل قام وارثه مقامه .

الشروط :

يشترط في المزارعة :

١ – الايجاب من صاحب الأرض ، والقبول من العامل ، ويتحققان بكل ما دل عليها من قول أو فعل .

٢ – أهلية المتعاقدين لمباشرة العقود العوضية .

٣ – ان تكون حصة كل منهما من النماء معلومة ومشاعاً بينهما بالتساوي أو بالتفاوت حسب الأتفاق ، قال الامام الصادق (ع) : لا تتقبل الأرض بحصة مسماة – أي كعشرين أو ثلاثين – ولكن بالنصف أو الثلث أو الربع أو الخمس. وعنه في رواية أخرى: لا بأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس .

ويتفرع على هذا الشرط انه لو جعل النماء بكامله لاحدهما ، أو شيئاً معيناً له ، كقنطار – مثلاً – والباقي للآخر ، أو يختص سهمه بما تنتجه الأرض أولاً ، أو بجانب خاص منها ، أو بالذي يحصل من احدى القطعتين لو وقعت المزارعة على أكثر من واحدة – كل هذه

الشروط وما اليها تفسد المزارعة ، وتخرج العقد عن وضعها ، لمنافاتها، لاشاعة الحصة التي هي شرط فيها .

وقد اختلف الفقهاء في مسألتين تتصلان بهـذا الشرط : الاولى اذا اشترطا اخراج مقدار معين من النماء ، كالبذر ، أو ضريبة السلطان ، أو ما يُصرف في اصلاح الأرض ، أو غير ذلك ، وما زاد فهو بينهما .

وقد ذهب المشهور بشهادة صاحب المسالك الى عدم الجواز ، إذ من الممكن ان لا تنتج الأرض إلا المقدار المستثنى ، فيبقى الآخر بلا شيء، وهو مناف لما ثبت من وضع المزارعة وقيامها على اشتراك المتعاقدين في النماء على الاشاعة .

وقال جماعة ، منهم الشيخ الطوسي من القدامى ، وصاحب الجواهر من الجدد ، قالوا بالجواز .

وقال السيد ابو الحسن الاصفهاني في وسيلة النجاة ، والسيد الحكيم في منهاج الصالحين : «يجوز هذا الشرط اذا علما أو اطمأنا ببقاء شيء بعد اخراج المقدار ، والا يكون الشرط باطلاً» . اي ان جواز الشرط وصحته يتوقف على ان يبقى شيء يقتسمانه بعد اخراج المقدار المستثنى .

ويرجع قول هذين السيدين في حقيقته إلى ما ذهب اليه المشهور من المنع خشية ان لا يبقى شيء للآخر ، والسيدان اجازا الشرط ، مع العلم ببقاء شيء .

المسألة الثانية : اذا اتفقا على ان يعطي احدهما للآخر مالاً ، أو يعمل له عملاً بالاضافة الى حصته .

وقد ذهب المشهور الى صحة الشرط ، ووجوب الوفاء به ، قـال صاحب الجواهر : «هذا هو المشهور ، بل عليه عامة المتأخرين .. بل لم يعلم القائل بعدم الجواز» . لحديث : «المؤمنون عند شروطهم» . ولقول الامام الصادق (ع) : ليس لك ان تأخـذ منهم شيئاً ، حتى تشارطهم .

٤ ـ تعين الأرض ، فلا تصح المزارعة على احدى القطعتين على الترديد .. أجل ، تصح على دونمات معلومة من قطعة معينة ، كما لو قال : زارعتك على عشر دونمات من هذه القطعة ، ويكون تعين مكان الدونمات لصاحب الأرض .

٥ ـ صلاحية الأرض وأهليتها للزراعة ، ولو بالعمل والعلاج .. وهذا الشرط بديهي لا يحتاج الى دليل بعد ان كانت الزراعة هي الموضوع المقصود من الاتفاق .. ويجب اعتبار هذا الشرط ابتداء واستدامة ، فاذا حدث ما يمنع من الانتفاع بزراعة الارض كشف ذلك عن بطلان المزارعة من الأساس ، لفوات الشرط في المدة الباقية .. ولا شيء على المزارع للمالك ولا على المالك للمزارع ، لأن حصتها انما هي في النماء ، وقد تعذر.

وقال صاحب الجواهر : « ان أخذت الزراعة مورداً وقيداً للعقد ، ثم انكشف عدم صلاحية الأرض يبطل عقد المزارعة،وان كانت الأرض هي محل العقد ومورده ، والزراعة داعياً لا قيداً يصح العقد ، ويكون المزارع بالخيار ، لامكان الانتفاع بالأرض في جهة أخرى » .

ويلاحظ :

أولاً : ان الزراعة هي نفس الموضوع لعقد المزارعة ، فاذا انتفت انتفى العقد ، ولا وجه للتفصيل .

ثانياً : إذا كانت الزراعة داعياً لا قيداً فالواجب لزوم العقد، والخيار لا وجه له .

ثالثاً : ان الفرق بين القيد والداعي ، وان كان صحيحاً من الوجهة النظرية والدقة العقلية ، لكنه بعيد عن افهام عامة الناس ، ولا يفرّق بينهما إلا الخاصة .. وبديهة ان الأحكام الشرعية منزلة على الافهام العرفية ، لا الدقة العقلية .

٦ – تعيين المدة بالايام أو الأشهر أو السنين، ويجب ان تتسع لبلوغ الزرع وادراكه ، قال الامام الصادق (ع) : « يتقبل الأرض بشيء معلوم إلى سنين مسماة » .

وإذا اطلق ، ولم يعين المدة يحمل الاطلاق على ما عُهد وعُرف ، فان لم يكن عرف بطلت المزارعة .

وتجوز المزارعة على أكثر من عام على شريطة الضبط ، قال الامام الصادق (ع) : لا بأس بقبالة الأرض من أهلها عشر سنين ، وأقل من ذلك ، وأكثر .

العامل المخالف :

إذا لم يعين المالك نوعاً خاصاً للزرع تخير العامل ان يزرع أي نوع شاء إذا كان البذر منه .. هكذا أطلق كثير من الفقهاء هذا الحكم .. ولا بد من التقييد فيما إذا لم يكن هناك قرائن مقامية تعين نوع الزرع ، فان وجدت وجب العمل بموجبها ، فان الكثير من القطع لا تصلح لزرع جميع الأنواع .

وإذا عين المالك نوعاً خاصاً كالحنطة تعين ، ولا تجوز مخالفته ، فان خالف وزرع شعيراً أو عدساً – مثلاً – فللمالك الخيار بين الفسخ أو الامضاء ، لعدم الوفاء بالشرط ، فان أمضى أخذ حصته المسماة ، وان فسخ كان الزرع للعامل ، وعليه للمالك مثل اجرة الأرض ، لأنه انتفع بملك غيره من غير اجارة ولا تبرع من المالك فوجب عليه العوض .. بهذا أفتى المحقق الثاني في جامع المقاصد، والشهيد الثاني في شرح اللمعة، والسيد أبو الحسن في وسيلة النجاة وغيرهم .

وكل مزارعة تقع فاسدة فالزرع لصاحب البذر ، لأن النماء يتبع الأصل في الملك ، فان كان البذر من العامل فله الزرع بكامله ، وعليه

اجرة الأرض ، وان كان البذر للمالك فله الزرع ، وعليه اجرة العامل، وان كان منهما فالزرع لكلٍ بنسبة ما أدى من البـذر ، وعلى المالك اجرة العمل بقدر ما استوفى من الزرع ،وعلى العامل اجرة الأرض كذلك .

وإذا أهمل العامل المزارعة ، وترك القطعة من غير زرع ، حتّى مضى الموسم ، مع تمكين المالك له من الأرض ، وتسليمه اياها ، وعدم المانع من زرعها كالثلوج ونحوها ، فهل يضمن العامل لصاحب الارض اجرة المثل ، أو لا شيء عليه ؟.

للفقهاء في ذلك قولان : الأول ، وعليه الأكثر ، تلزمه اجرة المثل، لأنه فوت على المالك المنفعة المستحقة له ، ولأن العامل في المزارعة الى مدة معينة كالمستأجر كذلك ، وكما ان على المستأجر ان يدفع الاجرة ، حتّى ولو لم يستثمر اطلاقاً كذلك على المزارع ان يدفعها إذا اهمل .

القول الثاني : لا شيء على المزارع سوى الأثم ، لأنه لم يتلف عيناً موجودة في الخارج ، حتّى ينطبق عليه « من أتلف مال غيره فهو له ضامن » ، ولا وضع يده على شيء كي يصدق حديث « عـلى اليد ما أخذت ، حتّى تؤدي » .. ولا شيء سوى عقد المزارعة ، وكل مـا يقتضيه ان للمالك حصة من النماء على تقدير وجوده ، والمفروض انه لم يوجد .. اذن ، فلا شيء للمالك ولا للعامل على الاطلاق .

ويلاحظ بأن موجبات الضمان لا تنحصر بالاتلاف واليد،فان التسبيب أيضاً يوجب الضمان، وبديهة ان المزارع المهمل يصدق عليه عرفاً انه هو الذي فوت الناتج على المالك ، وانه هو السبب المانع من الاستيفاء،وهذا كافٍ وافٍ للحكم عليه بالضمان .

للعامل ان يشارك الغير ويزارعه :

يجوز لمن استأجر أرضاً ان يعطيها لغيره بالمزارعة، لأن المعيار لصحة

المزارعة أن تكون منفعة الأرض مملوكة لمن يزارع عليها ، أما ملكية رقبة الأرض فليست بشرط ، قال الامام الصادق (ع) : لا بأس ان تستأجر الأرض بدراهم ، وان تزارع الناس على الثلث ، أو الربع ، أو أقل،أو أكثر إذا كنت لا تأخذ من الرجل إلا ما أخرجت أرضك .

وأيضاً يجوز للعامل الذي تقبل الأرض من المالك أن يزارع غيره ، أي ينقل حقه بكامله في الزراعة إلى من شاء ، على شريطة أن يكون حق المالك محفوظاً .

وأيضاً يجوز له أن يشارك في عمل الزراعة من شاء بشيء من حصته .. والوجه في ذلك ان العامل قد ملك المنفعة بعقد لازم ، والناس مسلطون على أموالهم ، فيكون له ، والحال هذي ، ان ينقلها كلاً أو بعضاً إلى غيره ، وليس لأحد أن يعارضه بشيء ، كما له ان يبيعها ، ويتعلق فيها حق الدائنين ، والخمس والزكاة ، وما إلى ذلك من آثار الملكية .

ذكر هذا الفقهاء في كتبهم دون أن ينقلوا فيه خلافاً .. أجل ، قال جماعة منهم : يجوز ذلك للعامل اذا لم يشترط المالك عليه مباشرة العمل بنفسه ، ومع هذا الشرط لا يجوز ان يزارع الغير أو يشاركه .

ولكن لصاحب الجواهر هنا جملة تشعر بأن للعامل ان يزارع ويشارك من أراد ، حتى ولو نهاه المالك ، واشترط عليه المباشرة بنفسه ، لأن المزارعة ملك للعامل ، والناس مسلطون على أموالهم ، ولأن بعض الفقهاء نقل الاجماع على ان البائع لو اشترط على المشتري ان لا يبيع العين التي اشتراها منه لا يجب الوفاء بالشرط ، وعلى هـذا ، اذا اشترط المالك ان يعمل المزارع بنفسه فلا يجب الوفاء بالشرط .. وهـذا نص عبارة الجواهر بالحرف : « لكن في صحة هذا الشرط - يريد شرط المالك مباشرة العامل - بحثٌ لعموم:الناس مسلطون على أموالهم ، ولما حكي من الاجماع في كتاب البيع على عدم صحة مثل هذا الشرط » .

ومهما يكن ، فان هذي التفاصيل لم يرد فيها نص بالذات ، وانما

استخرجت من القواعد العامة ، ولم يرد نص إلا بخصوص مشاركة العامل لغيره بعد ان باشر العمل ، فقد سئل الامام (ع) عن الرجل يبذر في الأرض مئة جريب أو أقل أو أكثر طعاماً أو غيره ، فيأتيه رجل يقول له : خذ مني ثمن نصف هذا البذر ، ونصف نفقتك على ان تشركني فيه ؟ قال الإمام : لا بأس .

ولكن تخصيص هذه الرواية بالمشاركة بعد العمل لا يجعلها خاصة ، لأن المعيار في جواز المشاركة والمزارعة ان تكون المنفعة ملكاً للعامل ، وليس من شك ان العامل قد ملك المنفعة بالعقد لا بالعمل ، ولا بظهور الزرع ، وعليه فيجوز له ان ينقلها الى غيره بمجرد وقوع العقد .

ضريبة الأرض :

اتفقوا بشهادة صاحب الحدائق ، ومفتاح الكرامة على ان الخراج ، أي ضريبة السلطان على الأرض ، انما هي على صاحب الأرض، لا على العامل ، ولا على الناتج المشترك بينه وبين المالك ، لأن الضريبة موضوعة على الأرض نفسها .. أجل ، يجوز أن يشترط المالك على العامل ان تكون الضريبة عليه وحده ، أو على الناتج ، ولا يضر الجهل بمقدار الضريبة التي أخذت شرطاً، لأن الجهل الغرر في مثلها مغتفر عرفاً وشرعاً، فقد سئل الامام (ع) عن رجل تكون له الأرض، وعليها خراج معلوم ، وربما زاد ، أو نقص ، فيدفعها إلى رجل على ان يكفيه خراجها ، ويعطيه مئتي درهم في السنة ؟ قال : لا بأس .

وسئل أيضاً عن رجل له أرض من أرض الخراج فيدفعها إلى رجل على ان يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها ، وما كان من فضل فهو بينهما ؟ قال : لا بأس .

وجاء في كتب الحديث والفقه روايات عن أهل البيت (ع) تصور

ظلم الحكام وجورهم على الفلاحين والمواطنين إلى حد كان الناس يتركون أملاكهم إلى الغير تهرباً من الضرائب الفادحة ، من تلك الروايات ان الامام الصادق (ع) سئل عن رجل يأتي قرية قد اعتدى السلطان على أهلها ، فضعفوا عن القيام بخراجها ، والقرية في أيديهم ، ولا يدري هي لهم أو لغيرهم ، فيدفعونها اليه على ان يؤدي خراجها ، فيأخذها منهم .. قال الامام : لا بأس .. إلى غير هذه الرواية كثير ، ذكر طرفاً منها صاحب الحدائق في المجلد الخامس صفحة ٣٦٨ .

ثم ان العمل الذي فيه صلاح الزرع وبقاءه ، كالحرث والسقي والصيانة والتنقية من الأعشاب الضارة فهو على العامل ، أما ما عدا ذلك : « كشق النهر ، وحفر البئر ، وتهيئة آلات السقي ، ونحو ذلك فلا بد من تعيين كونها على أي منها إلا إذا كانت هناك عادة تغني عن التعيين »[1].

البذر :

تقوم المزارعة على ان الارض من احدهما ، والعمل من الآخر ، ويدل على ذلك تعريفها ، وعقدها الذي يتكون من الايجاب من المالك والقبول من العامل . أما البذر فيجوز ان يكون من المالك وحده ، ومن العامل كذلك : ومنها بالتساوي أو التفاوت ، سواء اتفقت حصة كل من النماء ، أو اختلفت ، ولا يتعين البذر على احدهما أو عليها إلا بالنص عليه منها حين الاتفاق ، أو تكون هناك عادة مستقرة فيجب حمل الاطلاق عليها .

وإذا لم يبينا على من يكون البذر ، ولا عادة تغني عن البيان فالذي نراه هو بطلان المزارعة لمكان الجهالة .

---

[1] وسيلة النجاة للسيد أبو الحسن الاصفهاني .

وقيل : بل يكون البذر على العامل في هـذه الحال ، لأن الإمام الصادق (ع) لما سئل عن المزارعة قال : « النفقة منك، والأرض لصاحبها» بزعم ان النفقة تشمل البذر .

ويُرد هذا الزعم بأن المزارعة تصح لو كان البذر من صاحب الأرض تماماً كما تصح لو كان من العامل ، وبديهة ان العام لا يدل على الخاص إلا مع القرينة ، وحيث لا قرينة كما هو الفرض فتبطل المزارعة للجهالة، والمفهوم من لفظ النفقة الحرث والحصاد ، وما اليها . هـذا ، الى ان الإمام قال : والأرض لصاحبها ، ولم يقل ومن المالك الأرض .

المزارعة بين أكثر من اثنين :

هل يصح ان تكون المزارعة بين أكثر من اثنين .. فالأرض من واحد، والبذر من ثانٍ ، والعمل من ثالث ، والبقر من رابع — مثلاً —؟

قال كثير من الفقهاء لا تصح إلا بين اثنين « لأن العقد يتم بالموجب وهو صاحب الأرض ، والقابل وهو العامل ، فدخول ما زاد يُخرج العقد عن وضعه ، أو يحتاج اثباته إلى دليل » .

ويلاحظ بأنه ليس من الضروري إذا تم العقد بين اثنين ان لا يتم بين أكثر ، وإلا أشكل الأمر في الشركات التي تضم العشرات .. أما الحاجة إلى الدليل فحق ، ولكن ليس من الضروري أن يكون الدليل نصاً خاصاً على المعاملة بالذات ، وإلا أشكل الأمر في أكثر المعاملات.. فيكفي لصحة المعاملة آية: تجارة عن تراض، وللزومها آية: اوفوا بالعقود.. هذا، بالاضافة إلى اطلاق أدلة المزارعة الشاملة لما يقع بين اثنين، وأكثر .

مسائل :

١ – إذا حددت المزارعة بأمد معين ، وانتهى الأمد ، والزرع باق لم يبلغ بعدُ ، فما هو الحكم ؟

قال جماعة من الفقهاء : يحق لصاحب الأرض أن يزيل الزرع من أرضه ، سواء أكان التأخير بتقصير من الزارع ، أو لحادث سماوي ، كتأخير المياه او تغير الهواء، لأن حق الزارع قد انتهى بانتهاء الأمد .

وقال صاحب مفتاح الكرامة : ان المحقق الثاني في جامع المقاصد قال : ان كان التأخير بتقصير الزارع فللمالك ازالة الزرع ، لأنه عند الانتهاء يكون الزارع كالغاصب ، وان كان بغير تقصير منه يجب ابقاء الزرع إلى بلوغه وادراكه .. ثم قال صاحب مفتاح الكرامة، وبهذا أفتى الشيخ الطوسي في كتاب المبسوط ، وهو الحق .

والذي نراه ان المالك لا يحق له أن يزيل الزرع اطلاقاً ، حتى ولو كان التأخير بتقصير الزارع ، لأنه قد تصرف أول ما تصرف بحق وبسبب مشروع .. أجل ، عليه اجرة الأرض للمدة الباقية .. أما قياس هذا الزارع على الغاصب فقياس مع الفارق ، لأن الغاصب قد أقدم منذ البداية على هدر حقه ، وعدم احترام ماله ، ولذا تُهدم الدار التي يبنيها في أرض الغير بالاجماع ، أما الزارع فلم يقدم على شيء من ذلك . وبكلمة ان الغاصب يصدق عليه حديث : لا حق لعرق ظالم ، ولا يصدق على الزارع المذكور .

٢ – إذا كانت لك أرض خربة فيجوز ان تعطيها لآخر على ان يصلحها ، ويكون له ناتجها سنة أو أكثر ، وبعدها يكون الناتج بينكما ، لكلٍ حصة معلومة

٣ – إذا بلغ الزرع ، أو ظهر الثمر على الشجر جاز ان يتقبل

الزرع والثمر رجل بمقدار معين منها ، فان جرت الصيغة بين المالك والمتقبل – أي الضامن بلسان العرف – لزمت المعاملة ، ولا يجوز العدول عنها إلا باتفاق الطرفين ، والا فحكمها حكم المعاطاة تلزم بالأخذ والاعطاء ، أو بالتصرف على ما سبق في الجزء الثالث .. وإذا تبينت الزيادة فهي للمتقبل ، وان ظهر النقصان فعليه ، على شريطة ان لا يصاب الزرع والثمر بآفة تهلكها قبل الحصاد والقطف ، والا كان حكمها حكم تلف المبيع قبل قبضه من انه من مال البائع ، كما ان التلف والهلاك لو حصل بعد الحصاد والقطف فمن مال المتقبل ، لأنه بحكم المشتري .

٤ – اذا انتهى أمد الزراعة ، وبعده نبت حب أو أفرخت جذور من متخلفات الزراعة المشتركة فان كان البذر من صاحب الأرض فهو له ، وان كان من العامل فهو له ، لأن النماء يتبع البذر ، وعليه أجرة الأرض إلا اذا كان قد أعرض عما تخلف وبقي ، كما هو الغالب .

التنازع :

١ – اذا اختلفا في المدة ، فقال أحدهما : وقعت المزارعة لسنة واحدة . وقال الآخر : بل لسنتين فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه ، سواء أكان المالك أو العامل ، لأن الأصل عدم استحقاق الزيادة لمن يدعيها .

وإذا اختلفا في مقدار الحصة فالقول قول صاحب البذر مع يمينه ، حتى ولو ادعى الزيادة لنفسه ، لأن النماء تابع للبذر في الملكية ، والأصل

بقاؤه على ملكه ، حتى يثبت انتقاله عنه بالاقرار أو البينة،قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف أجده في شيء من الحكمين » .

٢ – إذا قال الزارع للمالك بعد أن زرع أرضه : لقد أعرتنيها ، فلا تستحق علي شيئاً ، وقال المالك : بل أجّرتكها بكذا ، أو قال : زارعتك عليها بحصة معلومة ، ولا بينة تُعين أحد الأمرين ، فما هو الحكم ؟

ذهب المشهور إلى ان صاحب الأرض يحلف على عدم العارية ، لأنه منكر لها ، ولكن لا تثبت دعواه الاجارة أو المزارعة إلا بالبينة .. وأيضاً يحلف الزارع على نفي المزارعة والاجارة ، لأنه منكر لها،ولكن لا تثبت دعواه العارية إلا بالبينة .. ومتى تحالفا سقطت كل من الدعويين، حتى كأنهما لم تكونا من الأساس .. والواجب في مثل هذه الحال ان يختص الزارع بالزرع كله ، لأن البذر له ومنه ، وعليه ان يدفع للمالك اجرة المثل ، لأن الاذن له بالتصرف لم يكن على وجه التبرع .. أجل، إذا زادت اجرة المثل على الحصة أو الأجرة التي ذكرها المالك استحق خصوص المقدار الذي ادعاه ، لاعترافه بأنه لا يستحق أكثر منه .

وقال صاحب مفتاح الكرامة : بل للمالك اجرة المثل على كل حال سواء أزادت عما يدعيه ، أو نقصت ، لأن التحالف أسقط أثر دعوى المالك .

٣ – إذا قال الزارع : أعرتنيها . وقال المالك : بل اغتصبتها مني . حلف المالك وحده على نفي العارية ، لأن الأصل بقاء منافع أرضه على ملكه وعدم خروجها عنه بعارية أو بغيرها ، وعلى مدعي العارية البينة ، ولا تقبل منه اليمين لأنه مدعٍ ، ومتى حلف المالك طولب الزارع باجرة المثل طوال المدة التي كانت الأرض في يده،وأيضاً عليه ان يزيل الزرع ، وان امتنع فللمالك ان يزيله قهراً عنه ، ويحمله التكاليف ، وعوض الأضرار .

والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها ان الزارع في تلك كان مأذوناً بالتصرف باتفاق الطرفين فلا تترتب عليه احكام الغاصب ، أما في هذه المسألة فلم يكن الزارع مأذوناً،فيؤخذ بأحكام الغاصب لعدم ثبوت الاذن له بالتصرف . قال صاحب الجواهر : « الزارع هنا كالغاصب الذي تترتب عليه أحكامه ، وليس ثمة اقرار من المالك يُلزم به،وعليه فيكفي لترتب احكام الغاصب عدم تحقق الاذن من المالك الحاصل بيمينه على نفي العارية التي يدعيها الزارع ، كما هو واضح » .

المساقاة

والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها ان الزارع في تلك كان مأذونا بالتصرف بالعقد الفاسد فلا تترتب عليه احكام الغاصب ، أما في هذه المسألة فلم يكن الزارع مأذوناً فيؤخذ بأحكام الغاصب لعدم ثبوت الاذن له بالتصرف . قال صاحب الجواهر : « الزارع هنا كالغاصب الذي تترتب عليه أحكامه ، وليس ثمة اقرار من المالك يلزم به ، وعليه فيكفي لترتب احكام الغاصب عدم تحقق الاذن من المالك الحاصل بسببه تسلط في العارية التي يدعيها الزارع » كما هو واضح .

اللقطة

معناها :

المساقاة نوع من الشركة في نمـاء الشجر يتعاقد عليها المالك والعامل بحصة مشاعة منه ، وبهذا نجد تفسير ما قاله الفقهاء في تعريفها من أنها معاملة على أصول ثابتة – أي الشجر – بحصة من نمائها .

وقد خرج « بأصول » المزارعة التي هي معاملة على ايجاد الزرع ، وخرج « بثابتة » الخضروات فانها ملحقة بالزرع .. وخرج « بحصة شائعة من نماء الاصول » الاجارة ، لأنها تكون بأجرة معلومة .. وخرج أيضاً الشجر الذي لا نماء له ، كالصفصاف ، ويدخل في المساقاة ما ينتفع بورقه ، كالتوت والحناء – كما قيل – والمعيار لما تصح المساقاة عليه ان ينتفع بثمره أو ورقه مع بقاء أصله .

شرعية المساقاة :

لم يرد لفظ المساقاة في الكتاب والسنة بشهادة صاحب الجواهر وغيره ، وانما استخرج الفقهاء أحكامها من الخطابات الشرعية ، ثم اصطلحوا على تسميتها بالمساقاة ، لأن الشجر تكثر حاجته الى الماء والسقي .. هذا ، مع العلم بأن المعاملة تصح على البعل من الشجر ، تماماً كما تصح على

السقي منه ، لأن معيار الصحة هو العمل الذي يحتاجه الشجر لحمل الثمرة ونضجها ، كالتقليم والتطعيم ، وحرث الارض ، وتنقيتها من الاعشاب الضارة ، وما الى ذاك .

والمساقاة مشروعة اجماعاً ، ونصاً ، ومنه ان الامام الصادق(ع) سئل عن رجل يعطي أرضه ، وفيها رمان ، أو نخل ، أو فاكهة، ويقول: اسق هذا من الماء ، أو اعمره، ولك نصف ما اخرج ؟ قال : لا بأس .

وقال صاحب الجواهر : « المساقاة جائزة بالاجماع من علمائنا، والنصوص متواترة ، أو مقطوع بمضمونها » .

الشروط :

يعتبر في المساقاة :

١ – الايجاب من المالك ، والقبول من العامل بكل ما دل عليها من قول أو فعل . وقد مرّ ان الايجاب والقبول من الأركان

٢ – أهلية المتعاقدين للمعاملات المالية .

٣ – ان تكون الأصول ، وهي الشجر معلومة عند الطرفين، وكذا الأعمال المطلوبة من العامل يجب ذكرها وتعيينها، فان لم تذكر بالخصوص حملت المعاملة على المعهود عند العرف ، فان لم يكن عرف يعين العمل المطلوب من العامل بطلت المعاملة ، لمكان الجهل .

٤ – ان ينتفع بثمرها مع بقاء اصولها ، كالنخل وشجر الفواكه وكرم العنب ، أو بورقها ، كالتوت والحناء، اما مثل البطيخ والخيار والباذنجان والقطن وقصب السكر فلا يدخل في باب المساقاة ، ولكن يجوز ان يتفق المالك مع العامل على سقيها

وخدمتها بحصة معينة من ناتجها ، حيث ينطبق على هذا الاتفاق تجارة عن تراض . قال صاحب العروة الوثقى :

« لا يبعد الجواز للعمومات – أي مثل تجارة عن تراض – وان لم تكن من المساقاة المصطلحة، بل لا يبعد الجواز في مطلق الزرع كذلك ، فان مقتضى العمومات الصحة بعد كونه من المعاملات العقلائية، ولا يكون من المعاملات الغررية عندهم – أي ان العرف يتسامح في هذا الغرر الناشىء من عدم معرفة اجرة العامل بالضبط – غاية الأمر انها ليست من المساقاة المصطلحة » .

٥ – تعيين المدة .. ولا حد لأكثرها ، فيجوز ان تكون لسنوات عديدة ، أما القلة فتقدر بمدة تتسع لحصول الثمر ، ويختلف ذلك باختلاف الأشجار .

واذا حددت مدة لا تتسع لحصول الثمر فسدت المساقاة ، وكان للعامل اجرة المثل اذا عمل .

واذا قام العامل بكل ما طلب منه ، ولم يثمر الشجر لآفة سماوية فلا شيء له ، لأنه تماماً كالمضارب الخاسر ، واذا ظهرت الثمرة في المدة المحددة ، ثم انتهت قبل نضوج الثمرة فالعامل شريك فيها ، لأن سبب الشركة وجود الثمرة لا نضوجها .

٦ – ان تجري المساقاة قبل نضوج الثمرة ، سواء لم تكن قد ظهرت بعدُ ، أو ظهرت دون ان تنضج ، لأنه بعد النضوج لا يبقى موضوع للمساقاة .

المساقاة لازمة :

عقد المساقاة لازم ، فلا يجوز لأحد الطرفين فسخه إلا برضا الآخر ،

قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف أجده عندنـا ، للاصل ، وعموم أوفوا بالعقود » .

وإذا مـات أحد المتعاقدين قام ورثته مقامه .. أجل ، اذا اشترط المالك على العامل مباشرة العمل بنفسه ، ومات العامل قبل انتهاء العمل كان المالك بالخيار بين فسخ العقد،وبين الرضا بقيام ورثة العامل مقامه .

اهمال العامل :

على العامل ان يقوم بكل ما يلزمه من اعمال ، فان أخل ، لعذر ، أو لغير عذر تخير المالك بين فسخ العقد ، لتخلف الشرط ، وبين ان يستأجر عنه من حصته ، ويُشهد على الاستئجار دفعاً للتنازع والتخاصم.. وإذا اختار المالك الفسخ ، فعلى المالك ان يدفع للعامل اجرة المثل بمقدار ما عمل،ان كان قد عمل .. هذا اذا حصل الفسخ قبل ان تظهر الثمرة، اما بعد ظهورها فان للعامل حصته من الثمرة ، وعليه للمالك اجرة بقائها على اصولها إلى زمن البلوغ والنضوج .

وإذا احتاج الشجر إلى السقي فأرسل الله غمامة استغنى بها عنه سقط السقي عن العامل ، وبقيت المساقاة على صحتها ولزومها .

وتقول : ان المساقاة كالاجارة ، وبديهة ان الاجارة تبطل إذا انتفى موضوعها ، كمن استؤجر لقلع ضرس فانقلع تلقائياً فكذلك ينبغي ان تبطل المساقاة إذا حصلت على الشجر ، فنزل المطر ، واكتفي به .

ونقول في الجواب فرق بين الاجارة والمساقاة،لأن المراد من الاجارة مقابلة العوض بالعمل ، فاذا انتفى العمل لم يبق للعوض من مقابل ، أما المساقاة والمزارعة فان المقصود منها حصول الناتج ، فمع الاحتيـاج إلى العمل يقوم به العامل ، وان استُغني عنه بفعل الله ، أو بفعل الغير يسقط عن العامل ، ويستحق الحصة – كما قال صاحب الجواهر – .

فساد المساقاة :

قال صاحب الجواهر : « كل موضع تفسد فيه المساقاة فللعامل اجرة المثل ، لاحترام عمل المسلم الواقع باذن من استوفى عمله، والثمرة لصاحب الأصل – أي الشجر – لأن النماء تابع له .. من غير فرق بين ان يكون العامل عالماً بفساد المعاملة حين وقوعها ، أو جاهلاً ، حتى ولو كان فسادها ناشئاً من اشتراط كون النماء بكامله للمالك » .

ويلاحظ على صاحب الجواهر بأن العامل إذا أقدم على العمل بشرط ان لا يكون له شيء من الناتج يكون متبرعاً، وعليه فلا يستحق شيئاً .. فلا بد – اذن – من استثناء هذه الحال من قاعدة : « كل موضع تفسد فيه المساقاة فللعامل اجرة المثل » .

وإذا ظهر ان الشجر مستحق للغير فان أجاز هذا الغير المعاملة التي اجراها الغاصب مع العامل صحت المساقاة ، وعُمل بموجبها ، وان لم يجز بطلت ، وكان الناتج بكامله للمالك ، لأن النماء يتبع الأصل ، وعلى الغاصب الذي اجرى المعاملة مع العامل ان يدفع له اجرة عمله ان كان جاهلاً بالغصب ، لأنه هو الذى استدعاه للعمل ، وغرر به، ولا سبيل للعامل على المالك ، لأنه لم يأمره ، ولم يأذن له بالعمل في ملكه .

مسائل :

١ – لا يتحمل العامل شيئاً من الضريبة التي يضعها السلطان على الشجر إلا مع الشرط .

٢ – يجوز اتحاد المالك،مع تعدد العامل إذا تمت الشروط وتوافرت، وكذا يجوز تعدد المالك ، مع اتحاد العامل، كما لو كان البستان لأكثر من واحد ، وساقى أصحابه واحداً .

٣ ـ يجوز للعامل ان يستأجر غيره للعمل المطلوب منه إذا لم يشترط عليه المالك المباشرة بنفسه ، وهل يجوز له ان يساقي غيره ، مع عدم اشتراط المباشرة ، وعدم النهي من المالك ؟

للفقهاء في ذلك أقوال .. ونحن على رأي صاحب الجواهر الـذي قال : لا يجوز له ذلك ، لان من شروط المساقاة ان يكون الذي يجري المعاملة مع العامل مالكاً للشجر ، أو وكيلاً عن المالك، أو ولياً عليه ، وليس لأحد ان يستدل على صحة مغارسة العامل مع غيره باوفوا بالعقود، او تجارة عن تراض ، او المؤمنون عند شروطهم ، لأن هذه وما اليها مختصة بالأصيل أو الوكيل أو الولي ، ولا تشمل الأجنبي .

التنازع :

١ ـ إذا اختلفا في صحة العقد وفساده فعلى مدعي الفساد البينة ، لأن الاصل صحة العقد ، حتى يثبت العكس .

٢ ـ إذا اختلفا في مقدار حصة العامل ، فقال العامل : هي النصف، وقـال المالك : بل الثلث فالقول قول المالك ، لأن الاصل تبعية النماء للملك .

٣ ـ إذا اختلفا في ان المساقاة وقعت لسنة أو أكثر فالقول قول من ينفي الزيادة ، لأن الأصل عدمها .

٤ ـ اذا ادعى المالك التفريط أو التعدي على العامل ، وأنكر العامل فالقول قوله بيمينه ، لأنه منكر بموافقة قوله للاصل ، سواء أكان أميناً أو لم يكن ، كما قال صاحب الجواهر .

وإذا ادعى المالك الخيانة والاختلاس على العـامل فهل تسمع دعواه

مطلقاً ، حتى ولو لم يعين المقدار الذي اختلسه ، أو لا تسمع إلا مع تعين المبلغ المختلس ، لأن الدعوى بالمجهول يجب ردها ، ولا يجوز سماعها ؟

قال صاحب العروة الوثقى ، وصاحب الجواهر : تسمع ولو لم يعين ، لعموم حديث : « البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر » .

المغارسة :

المغارسة ان يتفق اثنان على ان تكون الأرض من احدهما يدفعها الى الآخر ، ليغرس فيها نوعاً من الشجر على ان يكون بينهما ، وقد أجمع الفقهاء بشهادة صاحب الجواهر والحدائق على بطلان ذلك ، سواء أجُعل للغارس جزء من الأرض ، أو لم يُجعل له منها شيء .

ولم يذكر صاحب الجواهر وجهاً للبطلان إلا أصل الفساد ، وهذه عبارته بالحرف : « المغارسة باطلة عندنا ، لأن الاصل الفساد » .

وقال صاحب العروة الوثقى : « حكي عن الاردبيلي ، وصاحب الكفاية الاشكال في هذا الأصل ، لامكان استفادة الصحة من العمومات ، وهو في محله ان لم يكن اجماع » .. والعمومات الموجبة للصحة هي تجارة عن تراض ، والمؤمنون عند شروطهم .

ونحن على رأي القائل بالجواز والصحة ما دام التراضي متحققاً من الطرفين ، والشروط سائغة ، وغير مجهولة ، أما الاجماع فليس بشيء بعد ان عرفنا مستنده ، وانه أصل الفساد ، لأن هذا الأصل محكوم بالعمومات ، كما قال المحقق الاردبيلي .

وعلى افتراض عدم صحة هذه المعاملة مغارسة فانها تصح صلحاً ، أو غيره من العقود ، وان لم تكن من العقود المسماة ، وذلك ان يُجعل نصف الغرس وسقيه وخدمته مدة معينة لقاء جزء من الأرض ، أو لقاء

منفعتها أمداً معيناً ، قال السيد أبو الحسن الاصفهاني في وسيلة النجاة آخر باب المساقاة : « بعد بطلان المغارسة يمكن التوصل الى نتيجتها بادخالها تحت عنوان آخر مشروع ، كأن يشتركا في الاصول .. ثم يؤجر الغارس نفسه لغرس حصة صاحب الارض وسقيها وخدمتها مدة معينة بنصف منفعة الارض في تلك المدة ، أو نصف عينها » .. الى غير ذلك من الطرق السائغة شرعاً .

الوديعة

مقصدها أنشأ معيناً ، قال السيد أبو الحسن الاصفهاني في وسيلة النجاة آخر باب المساقاة : « بعد بطلان المزارعة يمكن التوصل الى نتيجتها بمعاملة عليها عنوان آخر مشروع ، كأن يشتركا في الأصول ، ثم يؤجر الزارع نفسه للزرع بحصة صاحب الأرض وسقيها وخدمتها مدة معينة بنصف منافعة الأرض في تلك المدة ، أو نصف عينها ، الى غير ذلك من الطرق الشائعة شرعاً .

معناها :

الوديعة لغة ً مأخوذة من ودع الشيء إذا سكن واستقر ، وتطلق على الشيء المودَع ،لاستقراره وعدم الانتفاع به .. أما المتشرعة وهم الفقهاء فيريدون بالوديعة ان يسلط انسان ٌ آخر َ على عين من ماله ليحفظها له ، ويسمى المال وديعة ، وبها سمي العقد ، وصاحب المال المودِع ،والحافظ له الوديع .

شرعيتها :

وهي مشروعة بالاجماع والكتاب والسنة ، قال تعالى : « فان أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن امانته — البقرة ٢٨٣ » . وقال علي امير المؤمنين (ع) : لا تنظروا إلى كثرة صلاتهم وصومهم ، وكثرة حجهم والمعروف وطنطنتهم بالليل ، انظروا إلى صدق الحديث واداء الامانة .. وتواتر هذا المعنى عن أهل البيت (ع) بأساليب شتى .

الشروط :

يعتبر في الوديعة :

١ — الايجاب من المودِع ، والقبول من الوديع قولاً او فعلاً

– وأشرنا اكثر من مرة ان الايجاب والقبول من الأركان –
ولا يكفي مجرد الاذن من المالك بحفظ المال ، بل لا بد من
توافق ارادته مع ارادة الوديع على الحفظ ، ليتحقق العقد ،
قال صاحب الجواهر :

« لا اشكال في اعتبار معنى العقد في الوديعة ، سواء أكان ذلك بالقول ، او بالفعل ، كما هو الشأن في البيع والصلح والاجارة وغيرها من العقود،لا انها من الاذن والاباحة التي لم يلحظ فيها بين الربط بين القصدين والرضا من الطرفين .. ولو ان صاحب العين طرحها عند من قصد استيداعها منه لم يلزم حفظها ، اذا لم يقبلها الوديع بالقول أو بالفعل ، لعدم تحقق الوديعة بذلك .. ولو تركها الذي لم يقبلها ، وذهب ، ثم هلكت فلا ضمان عليه ، لأن الاصل عدم الضمان » .

٢ – ان يكون كل من الطرفين أهلاً للتعاقدات المالية .. ولو قبل البالغ العاقل الوديعة من الصبي أو المجنون ضمن ما يقبضه منهما من المال ، حتى مع التعدي والتفريط ، فان قبضه هذا تعد منه ، لأنهما ليسا أهلاً للإذن ، ولا للتعاقد ، إلا اذا كان الصبي مميزاً ، ومأذوناً بالتصرف ، بناء على جواز الاذن له بذلك .. وقد سبق التحقيق في الجزء الثالث باب البلوغ ، فقرة « عقد الصبي » .. أجل لو خاف العاقل البالغ ان تهلك العين في يد الصبي أو المجنون جاز له من باب الحسبة ان يأخذ العين منهما لغاية حفظها ، وتكون في يده امانة شرعية ، على شريطة ان يردها الى وليهما لا اليهما .

واذا استودع انسان وديعة عند صبي أو مجنون فهلكت لم يضمنا ، لأن المودع هو المتلف لماله في الحقيقة ، تماماً كما لو رماه في البحر ، قال صاحب الجواهر : « لا تصح وديعة الطفل والمجنون ، لاعتبار الكمال في طرفي العقد ، كغير الوديعة من العقود بلا خلاف ، بل الاجماع

على ذلك .. ولا يجوز وضع اليد على الوديعة ، بل يضمن القابض منها، ولا يبرأ بالرد اليها ، لمكان الحجر عليها .. أما لو استُودعـا فكذلك في البطلان ، ، ولم يضمنا بالاهمال وفاقاً للمشهور ، لأن المودع عندهما في الحقيقة هو المتلف لماله بايداعه مثلها ، مع علمه بأنه لا يجب عليها الحفظ واداء الأمانة ، فسببه في التلف أقوى من تفريطها فيه » . أي ان الصبي والمجنون إذا باشرا اتلاف الوديعة فلا ضمان عليها ، لأن المالك هو الذي سلطها علي ماله ، فيكون هو السبب للتلف ، والسبب هنـا أقوى من المباشر ، فيستند الاتلاف اليه ، لا اليها .

٣ - القبض ، فان الوديعة لا تتم إلا به .

٤ - قدرة الوديع على حفظ الوديعة .

٥ - ان يحفظ الوديع العين بلا اجرة،والا كان حكمها حكم الاجارة .

عقد الوديعة جائز :

عقد الوديعة جائز من الجانبين ، فيجوز لكل منها فسخه متى شاء ، قال صاحب الجواهر : « الاجماع على ذلك ، وهو الحجة في تخصيص آية أوفوا بالعقود ، وغيرها من أدلة اللزوم » .

وعليه ، فانها تبطل بواحد من أربعة :

١ - بفسخ احدهما .

٢ - بموته ، لأن العقد حصل بين الطرفين بالذات ، ولا عقد مع ورثة المودع ، ولا الوديع .

٣ - جنونه ، لأن الجنون ينقل ولاية التصرف الى غير من أجرى العقد .

٤ - اغماؤه ، وهو بحكم الجنون .

واذا بطل عقد الوديعة لموت المودع أو جنونه أو اغمائه تتحول الوديعة من الأمانة المالكية إلى الأمانة الشرعية .. والفرق بين الأمانتين ان الأمانة المالكية تكون برضا المالك ، أما الامانة الشرعية فهي بغير اذنه ورضاه ، وربما بغير علمه ، كالثوب يطيره الريح الى دار الجار ، فيكون في يد الجار أمانة شرعية ، تنتفي عنها جميع أحكام الوديعة ، ويجب على من هي في يده ان يردها الى أهلها ، أو يعلمهم بها فوراً ، ولا يجوز له التأخير إلا لعذر مشروع ، واذا أخر الرد ، أو الإعلام بلا عذر يكون ضامناً ، حتى مع عدم التعدي أو التفريط ،بل ان التأخير بلا عذر تفريط واهمال .

حفظ الوديعة :

لقد أوجب الشارع حفظ الوديعة ، وترك كيفية الحفظ إلى العادة والعرف الذي عليه الناس .. وبديهة ان حفظ كل شيء بحسبه ، فالنقود تحفظ في صندوق مقفل ، والثياب في خزانتها ، والدابة في الاصطبل ، والشاة في المراح ، وما إلى ذاك ، والمعيار ان يحفظ الوديع الوديعة بما يحفظ به مال نفسه ، بحيث لا يعد في نظر العرف مهملاً ولا متعدياً .

وقال الفقهاء : إذا اشترط المودع على الوديع أن يضع الوديعة في مكان خاص وجب الاقتصار عليه ، لحرمة التصرف بمال الغير من غير اذنه .. أجل ، يجوز نقلها منه لمصلحة الوديعة ، كما لو انهدم المكان المعين ، أو اشتعلت النار فيه ، وما إلى ذاك .

موجب الضمان :

لا يضمن الوديع إلا بالتفريط ، أو التعدي ، والتفريط أمر سلبي ،

وهو ترك ما يجب من الحفظ ، والتعدي أمر وَجودي ، وهو التصرف في الوديعة ، كالثوب يلبسه ، أو يعيره ، والدابة يركبها ، والنقود يصرفها أو يقرضها ، أو يسافر بها من غير ضرورة ، وما إلى ذاك .

وإذا أراد ظالم أن يسلب الوديعة ، واستطاع الوديع ان يدفعه عنها، دون أن يلحقه ضرر وجب عليه ذلك،لأنه مقدمة لحفظ الأمانة الواجب ومقدمة الواجب واجبة ، فان لم يفعل ، وأخذ الظالم المال ضمنه الوديع لمكان الاهمال والتقصير .

وإذا أمكن ارضاء الظالم بالبعض ، كالنصف ـ مثلاً ـ وجب على الوديع ان يدفعه له ، ليحفظ به النصف الآخر ، فان لم يفعل ضمن النصف ، لا الجميع ، لأن الاهمال والتقصير حصل بالنسبة إلى النصف فقط .

وإذا أقنع الظالم بأن يحلف الوديع ان فلاناً لم يستودعه شيئاً وجب عليه ان يحلف وينوي بينه وبين نفسه انه لم يستودعه ليلاً ، ان كان قد استودعه نهاراً ، وينوي انه لم يستودعه نهاراً ، ان كان قد استودعه ليلاً ، فان لم يحلف كان ضامناً ، لأن الكذب هنا جائز،لا انه محرم ، وقد ابيح حفظاً للأمانة ، ودفعاً للظالم .. بديهة ان الواجب يسقط إذا انحصرت مقدمته في الحرام .

هذا ما حكم به الفقهاء بقول مطلق ، كما جاء في الجواهر ، ومفتاح الكرامة وغيرهما .. ويجب ان يقيد ذلك بما إذا كان الوديع عالماً بجواز الكذب ، ومع ذلك امتنع عنه ، حيث يعد ، والحال هذي ، مقصراً، أما لو امتنع عن الكذب والحلف لجهله واعتقاده بالتحريم،ثم أخذ الظالم المال فان الوديع لا يضمن منه شيئاً ، لأنه لا يعد مهملاً ولا مقصراً في مثل هذه الحال .

الانفاق على الوديعة :

إذا احتاجت الوديعة إلى الانفاق وجب على الوديع أن ينفق عليها بالمعروف مقدمة لحفظها ، ويرجع بما انفق على المالك ، وإذا قصر في شيء من ذلك ضمن ، لمكان التفريط ، قال صاحب الجواهر: «الظاهر ان هذا مفروغ منه عند الفقهاء .. ولكن يجب ان يكون الانفاق باستئذان من المالك ، أو وكيله ، فان تعذر رفع الأمر إلى الحاكم،واستأذن منه، فان تعذر أنفق هو ، واشهد على الانفاق ، فان تعذر الاشهاد انفق واقتصر على نية الرجوع بما انفق على المالك .

ولو كانت الوديعة حيواناً ، وقال صاحبه للوديع : لا تنفق عليه ، فهل يجب العمل بقوله ؟ ثم إذا خالف الوديع ، وانفق على الحيوان ، فهل يرجع على المالك بالنفقة ؟

قال صاحب الجواهر: «لا يسمع قول المالك في ذلك ، لأن الحيوان ذو كبد حرّى ، ونفس محترمة ، فيجب حفظه مراعاة لحق الله ، ولا يسقط هذا الحق بإسقاط الآدمي .. فاذا أنفق عليه الوديع ، والحال هذه، رجع على المالك بما انفق ، واذا ترك الانفاق ، حتى هلك الحيوان يأثم الوديع بذلك ، ولكنه لا يضمن شيئاً ، لأن المالك هو الذي أسقط الضمان بنهيه عن الانفاق ، فيكون شأنه شأن من أمره بالقاء ماله في البحر».

رد الوديعة :

يجب على الوديع ان يرد الوديعة الى صاحبها عند طلبه ، قال تعالى: « ان الله يأمركم ان تردوا الامانات الى أهلها – النساء ٥٨ » . فان تأخر عن الرد بلا عذر يكون غاصباً ، وتكون يده على العين يد عدوان وضمان ، لانفساخ العقد وارتفاع الاذن والرضا بالطلب .

ولو افترض ان المودع غير مسلم ، وانه حربي يباح ماله وجب ان

ترد اليه أمانته ، ولا تجوز خيانته بحـال ، فان حكم الامانة غير حكم سائر أمواله المباحة ، وفي ذلك روايات كثيرة عن أهـل البيت (ع) ، منها قول الصادق (ع) : ثلاثة لا عذر فيها لاحد : اداء الامانة الى البر والفاجر ، والوفاء بالعهد الى البر والفاجر ، وبر الوالدين برين كانا ، أو فاجرين .

ومنها انه سئل عن رجل يستحل مال بني أمية ودماءهم ،وقد أودعه بعضهم وديعة ، أيحل ان يأكلها ؟ قال : ردوا الامانة الى اهلها ، وان كانوا مجوساً .

وقال : ان ضارب عليّ بالسيف وقاتله لو ائتمني ، واستنصحني ، واستشارني ، وقبلت ذلك منه لأديت له الأمانة .

وقال جده علي بن الحسين زين العابدين (ع) : عليكم باداء الأمانة، فوالذي بعث بالحق محمداً نبياً لو ان قاتل أبي الحسين (ع) ائتمني على السيف الذي قتل به أبي لأديته اليه .

وهذه أحكام شرعية ، وليست أخلاقية ، والزامية ، لا استحبابية ، لأن الامانة لها حكم خاص ، قال صاحب الجواهر في باب الوديعـة : « يجب رد الوديعة ، ولو كان المودع كافراً ، للنصوص المتواترة الآمرة برد الوديعة والامانة على صاحبها ، ولو كان قاتل علي ، أو الحسين ، أو أولاد الانبياء ، أو مجوسياً ، أو حرورياً ، وقد عمل الفقهاء بهـذه النصوص » .

وقال صاحب مفتاح الكرامة : « هذا هو المشهور ، والحجة اطلاق النصوص والفتاوى » .

مسائل :

١ — إذا أودع اللص ما سرقه عند انسان فلا يجوز له ان يرده اليه، ان أمن الضرر ، ويكون المال المسروق في يده أمانة شرعية،

فإن عرف صاحبه رده اليه أو اعلمه به ، وان جهله عرفه سنة كاملة ، فان لم يجده تصدق به عن صاحبه ، وان ظهر صاحبه بعد التصدق به كان بالخيار بين ان يقر الصدقة ، أو يطالب المتصدق بالعوض، فان طالب بالعوض دفعه اليه المتصدق، وكان اجر الصدقة له .

٢ - اذا ظهر للوديع أمارات الموت وجب ان يرد الوديعة الى صاحبه أو وكيله، ومع التعذر سلمها الى الحاكم الشرعي ، ومع التعذر أوصى بها ، واشهد على الوصية .

٣ - قال السيد أبو الحسن الاصفهاني في الوسيلة : « لو نوى الوديع التصرف في الوديعة ، ولم يتصرف فيها لم يضمن بمجرد النية، ولكن لو نوى الغصبية كأن قصد الاستيلاء عليها والتغلب على مالكها ، كسائر الغاصبين ضمنها ، لصيرورة يده يد عدوان بعد ما كانت يد استئمان ، ولو رجع عن قصده لم يزل الضمان » .

ويلاحظ أولاً بأنه لا فرق بين نية التصرف في مال الغير بلا اذنه، وبين نية الغصبية ، فان كلاً منهما محرم ، ثانياً ان النية المجردة عن العمل ليست سبباً للضمان ، ولا تعدياً في نظر العرف ، والشك في ان نية الغصب هل توجب الضمان أم لا كاف في نفيه، لأن الأصل عدمه .

٤ - إذا تصرف الوديع بالوديعة تصرفاً لم يغير منها شيئاً، ثم أرجعها إلى مكانها وحرزها ، كالثوب يلبسه قليلاً ، أو الكتاب يقرأ بعض صفحاته من غير اذن المودع ، إذا كان كذلك يخرج عن حكم الوديع ، ويصبح بحكم الغاصب إلا إذا أعلم المودع فأقره على ذلك ، وجدد له الاستئمان .. والمعيار لانقلاب اليد من الأمانة إلى العدوان أن يتصرف في الوديعة نفسها لغير مصلحتها من غير اذن صاحبها ، أما مجرد النية والقصد بلا تصرف فليس بشيء .

التنازع :

١ – إذا قال له : أودعتك كذا ، فأنكر ، وقال : لم تودعني شيئاً ، فالبينة على المدعي ، واليمين على المنكر .

٢ – إذا اعترف بالوديعة ، وادعى هلاكها فذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر والحدائق إلى الأخذ بقول الوديع ،سواء ادعى سبباً ظاهراً للتلف ، كالحرق والغرق حيث يمكن اقامة البينة عليها ، أو ادعى سبباً خفياً ، كالسرقة .. ومما استدلوا به على ذلك قول الامام الصادق (ع) : ليس لك ان تتهم من ائتمنته ، ولا تأمن الخائن، وقد جربته .. وقوله : لا يخونك الأمين ، ولكن ائتمنت الخائن .. أي ليس لك ان تخونّه بعد ان اعتبرته أميناً ، فاذا خونته فأنت المسؤول وحدك ، حيث ائتمنت الخائن ، واخترته لوديعتك وأمانتك .

وهل يقبل قول الوديع بالتلف بلا يمين أو لا بد منها ؟

قال صاحب الجواهر : « الأقوى الأخذ بقوله مع اليمين،لحديث : « انما اقضي بينكم بالبينات والايمان » . ولو أخذ بقوله من غير يمين للزم القضاء بلا بينة،ولا يمين،وهو مناف للحصر في الحديث الشريف .

وإذا صدقه المودع بالتلف ، ولكن ادعى عليه التعدي أو التفريط فعلى المودع البينة ، وعلى الوديع اليمين ، لأنه أمين ، وما على الأمين إلا اليمين .

٣ – ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر والحدائق إلى ان الوديع إذا قال للمودع : أرجعت اليك الوديعة أخذ بقول الوديع مع يمينه ، لأنه أمين .. وإذا مات المودع ، وطالب الوارث بالوديعة ، فقال له الوديع : رددتها اليك لم يسمع قوله إلا

مع البينة ، لأن الوارث لم يأتمنه ، حتى يكلف بتصديقه،وإذا لم يكن أميناً بالنسبة إلى الوارث كان أصل عدم الرد محكماً لا يعارضه شيء ، وهو موافق لقول الوارث .

٤ – إذا أنكر الوديعة من رأس، ولكن بعد ان اثبتها المودع بالبينة اعترف بها الوديع ، وادعى انها تلفت ، إذا كان كذلك فلا تسمع دعوى الوديع ، ولا تقبل منه بينة ولا يمين،لأن انكاره الأول للوديعة يشكل اعترافاً ضمنياً بتعديه وخيانته ، وبهذا نجد تفسير قول صاحب الجواهر: «قد حصل بانكاره سبب اشتغال ذمته بالضمان فلا تسمع دعواه ، لكون الانكار كالاقرار منه بالضمان» .

٥ – إذا اعترف بالمال ، وادعى انه وديعة عنده ، وقد هلك بلا تعد أو تفريط ، وقال صاحب المال : بل اخذته مني قرضاً لا وديعة ، وعليك الوفاء،حتى ولو هلك بلا تعد أو تفريط، فمن تطلب البينة ؟

ذهب المشهور بشهادة صاحب الحدائق إلى ان القول قول المالك بيمينه وعلى مدعي الوديعة البينة ، فقد سئل الامام الصادق (ع) عن رجل قال لآخر : لي عليك ألف درهم ، فقال الرجل : لا ، ولكنها وديعة ؟ فقال الامام (ع) : القول قول صاحب المال بيمينه .

وسئل حفيده الامام الرضا (ع) عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت ، فقال الرجل : كانت عندي وديعة ، وقال صاحب المال : انما كانت عليك قرضاً ؟ فقال الامام (ع) : المال لازم له ، الا ان يقيم بينة انها كانت وديعة .

العارية

مع البينة ، لأن الوارث لم يأتمنه ، حتى يكلف بتصديقه، وإذا لم يكن أميناً بالنسبة إلى الوارث كان أصل عدم الرد محكماً لا يعارضه شيء ، وهو موافق لقول الوارث .

٤ — إذا أنكر الوديعة من رأس، ولكن بعد ان اثبتها المودع بالبينة اعترف بها الوديع ، وادعى انها تلفت ، إذا كان كذلك فلا تسمع دعوى الوديع ، ولا تقبل منه بينة ولا يمين، لأن انكاره الأول الوديعة يشكل اعترافاً ضمنياً بتعديه وخيانته ، وبهذا نجد تفسير قول صاحب الجواهر : «لقد حصل بانكاره سبب اشتغال ذمته بالضمان فلا تسمع دعواه ، لكون الانكار كالاقرار منه بالضمان» .

٥ — إذا اعترف بالمال ، وادعى انه وديعة عنده ، وقد هلكت بلا تعد أو تفريط ، وقال صاحب المال : بل اخذته مني قرضاً لا وديعة ، وعليك أداؤها وان هلك بلا تعد أو تفريط ، فمن تطلب البينة ؟

ذهب المشهور بشهادة صاحب الحدائق إلى ان القول قول المالك بيمينه وعلى مدعي الوديعة البينة ، فقد سئل الامام الصادق (ع) عن رجل قال لآخر : لي عليك ألف درهم ، فقال الرجل : لا ، ولكنها وديعة ؟ فقال الامام (ع) : القول قول صاحب المال بيمينه .

وسئل حفيده الامام الرضا (ع) عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت ، فقال الرجل : كانت عندي وديعة ، وقال صاحب المال : انها كانت عليك قرضاً ؟ فقال الامام (ع) : المال لازم له ، الا ان يقيم بينة انها كانت وديعة .

معناها :

العارية ان يعطي المعير عيناً من أمواله الى المستعير غير قابلة للاستهلاك، ليستعملها بلا عوض مدة معينة ، أو في غرض معين ، على ان يردها الى صاحبها بعد الاستعمال ، وهـذا معنى قول الفقهاء : العارية تمليك منفعة العين على وجه التبرع .

وتتميز العارية عن الهبة بأن الهبة تمليك العين ، لا المنفعـة فقط ، والعارية تمليك المنفعة دون العين ، وتتميز عن الاجارة بأن الاجارة تمليك المنفعة بعوض ، والعارية تمليك المنفعة بلا عوض ، وتتميز عن القرض بأن الشيء الذي يجب رده في القرض هو مثل الشيء لا عينه ، أما في العارية فيجب رد عين الشيء لا مثله ، ومن هنا يجوز قرض المأكولات والمشروبات ، ولا تجوز اعارتها ، لأن الانتفاع بها يتوقف على استهلاكها .

ويسمى مالك العين معيراً ، والمنتفع بها مستعيراً ، والعين مستعارة ، ومعارة .

شرعيتها :

العارية مشروعة بالكتـاب والسنة والاجماع ، قال تعالى : « فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون ، الذين هم يراءون ، ويمنعون

الماعون » .. فقد قرن الله سبحانه تارك العارية بتارك الصلاة ، ونسبهما معاً الى الويل ، أي الهلاك ، والمراد هنا بالسهو الترك لا النسيان .

وجاء في الحديث الشريف : « من منع الماعون جاره منعه الله خيره يوم القيامة ، ووكله الى نفسه » .

وكلامنا في الوديعة يتناول العقد ، والمعير ، والمستعير ، والشيء المعار ، ومسائل تتصل بها ، وبعض صور التنازع .

العقد :

قال بعض الفقهاء : ان انتفاع الضيف بدار مضيفه ، وبعض فراشه وآنيته ، وما اليها هو من باب العارية .. ورده صاحب الجواهر بأن هذا من الاذن بالتصرف ، واباحة الانتفاع ، وليس من العارية في شيء ، لأن العارية : « عقد يعتبر فيه انشاء الربط بين الايجاب والقبول ، لا الايقاع الذي يكفي فيه الاذن بالانتفاع من المالك » .

وعقد العارية لا يشترط فيه شكل خاص ، بل يتحقق بكل ما دل على توافق الايجاب والقبول ، وهو جائز من جانب المعير والمستعير ، فان لكل منهما فسخ العقد وانهاءه متى شاء ، سوا أكانت العارية مطلقة ، او مؤقتة بأمد .

وبعد ان حكم الفقهاء بان عقد العارية جائز تكلموا وأطالوا الكلام في حكم العارية للرهن بعد وقوع الرهن عليها ، وعارية الحائط للجار ، ليضع عليه اطراف خشب السقف ، وعارية الارض لدفن الميت ، أو للبناء ، والغرس ، وما الى ذلك مما يتضرر المستعير منه برجوع المعير عن العارية التي من شأنها الدوام والاستمرار .

ويرى أكثر الفقهاء ان عارية الارض للدفن تكون لازمة بعد الدفن ، ولا يجوز الرجوع عنها ، لحرمة نبش القبر ، وأيضاً تكون لازمة اذا

اعار عيناً من أمواله ليرهنها المستعير ، ولكن تكون مضمونة على المستعير الراهن ، حتى ولو تلفت من غير تعد أو تفريط ، اما عارية الأرض للبناء والغرس فان للمعير ان يرجع عنها ، ويزيل البناء والغرس بعد ان اعار أرضه لذلك ، على ان يضمن الضرر الذي يلحق المستعير من الهدم والقلع .

وقال بعض الفقهاء : ان عقد العارية ينقسم إلى جائز ، كعارية الثوب والسيارة ، وإلى لازم ، كالعارية للرهن والدفن ، وما اليه .. ورده صاحب الجواهر بأن هذا من غرائب الكلام ، لأن التقاء عقد مع عقد آخر في بعض الخصائص والآثار لا يوجب ادخال بعض العقود في بعض إذ العقد الجائز قد يعرض عليه ما يجعله لازماً ، كالعارية للرهن والدفن ، ولكن هذا عارض خارجي لا يحول العقد عن طبيعته من الجواز إلى اللزوم ، كما ان العقد اللازم قد يعرض عليه ما يجعله جائزاً ، كالبيع بالخيار ، ومع ذلك يبقى على طبيعته من اللزوم .

وبتعبير ثان ان عقد العارية يستدعي ان يفسخه ويرجع عنه كل من المعير والمستعير ، ولو قبل انقضاء الأجل المعين للعارية .. وقد يوجد المعير بارادته واختياره سبباً يمنعه عن الفسخ ، كما لو اذن للمستعير ان يرهن العين المعارة مع علمه بأن الرهن لازم من جانب الراهن ، أو يأذن له بايجارها ، وهو يعلم ان الايجار لازم طوال المدة المعينة ، أو يأذن بدفن ميت في أرضه مع علمه بحرمة نبش القبر ، أو يأذن بالبناء والغرس مع علمه بأن مثل هذه العارية دائمة ، وانه لا عاقل يقدم عليها بلا دوام واستمرار ، وهذا السبب الطارىء الذي منع المعير من الفسخ لا يخرج عقد العارية عن الجواز ، وهذا ما أراده صاحب الجواهر بقوله: « ضرورة عدم امتناع فسخ الارتهان الواقع باذن المالك ، وحرمة النبش ، والاضرار بالغير برجوع العين لزوم العقد ضرورة امكان بقائه على الجواز» .

المعير :

قال العلامة الحلي في كتاب القواعد :

« يشترط ان يكون المعير مالكاً للمنفعة ، جائز التصرف، فلا تصح عارية الغاصب ، ولا المستعير ، ولا الصبي ، ولا المحجور عليه لسفه أو فلس ، وتصح من المستأجر » .

تصح من المستأجر ، لأنه يملك المنفعة ، فله ، والحال هذي ، ان يملكها لغيره إلا إذا اشترط المؤجر على المستأجر الانتفاع بنفسه ، فانه مع هذا الشرط يحرم عليه ان يعير .. ولا تصح العارية من الغاصب والمستعير ، للنهي عن التصرف في مال الغير إلا باذنه ، ولأن شخصية المستعير محل اعتبار في عقد العارية ، أما المحجور عليه لسفه او فلس فلأنه ممنوع من التصرف في أمواله بيعاً وايجاراً ورهناً وعارية .

المستعير :

يعتبر في المستعير ان يكون جائز التصرف، فلا تصح استعارة الصبي، ولا المجنون ، وان يكون معيناً فلا يصح : اعرتُ أحد هذين ، وان يكون أهلاً للانتفاع بالشيء المعار . فلا تحل استعارة المصحف لغير المسلم ، ولا الصيد لمن احرم للحج او للعمرة ، لأنه يحرم عليه امساك الصيد اطلاقاً ، ولو افترض انه استعاره وجب عليه ارساله ، وضمان قيمته لصاحبه .

ويجب على المستعير ان يحافظ على الشيء المعار محافظته على أمواله ، وان يستعمله في الوجه الذي حدده المعير ، فان أطلق ولم يعين وجه الاستعمال استعمله في الجهة التي أعد لها بطبيعته، فموسى الحلاقة ــ مثلاً ــ لا يستعمل لتقليم الأشجار ، ولا المصاغ للعب الأطفال .

وإذا استعمل المستعير العارية في وجهها ، ثم حدث بها نقص ، أو تلفت فلا يكون مسؤولاً عما يحدث إلا مع الشرط ، أو كانت العارية من الذهب والفضة ، وتأتي الاشارة .. وإذا استعملها في غير وجهها ، أو في غير الجهة التي حددها المعير ، وحدث فيها شيء فعليه الضمان ، واجرة المثل لما استعملها فيه .

الشيء المعار :

قال صاحب الجواهر : « ان ضابط الشيء المعار ان يصح الانتفاع به شرعاً منفعة معتداً بها مع بقاء عينه ، كالثوب والدابة .. لا مثل الأطعمة والأشربة ونحوها مما تكون المنفعة باتلاف عينها ، ولا مثل أواني الذهب والفضة للأكل والشرب – حيث يحرم الأكل والشرب في آنية الذهب والفضة – وكلب الصيد لاجل اللهو والطرب بلا خلاف ولا اشكال في ذلك » .

ويستفاد من هذه العبارة ان العارية لا تتم إلا بقبض العين المعارة ، لتوقف الانتفاع عليه .

مسائل :

١ – سبق ان المستعير لا يجوز له ان يعير غيره ، فان فعل كان للمالك الرجوع باجرة المثل على من شاء منهما ، لأن كلاً منهما قد تصرف بالعين دون اذن صاحبها ، فان كان الثاني عالماً بالعارية ، ورجع المالك عليه فلا يرجع هو على الأول ، لأنه غاصب مثله ، وان كان جاهلاً رجع على الأول ، لأن المغرور يرجع على من غره ، وبكلمة ان الضمان يستقر على العالم دون الجاهل .

٢ — اجمعوا على ان المستعير لا يضمن العاريـة إلا مع التعدي أو التفريط ، أو اذا اشترط عليه المعير الضمان اطلاقاً ، حتى مع عدم التعدي أو التفريط لحديث : « المؤمنون عند شروطهم » . هذا في غير عارية الذهب والفضة ، حيث أجمعوا على ان عاريتهما مضمونة ، سواء اشترط المعير الضمان ، أو لم يشترط .. أجل ، اذا اشترط المستعير سقوط الضمان عنه ، وقبل المعير اخذ بالشرط ، للحديث المتقدم .

قال الامام الصادق (ع) : إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنها إلا ان يكون قد اشترط عليه .

وقال : ليس على المستعير ضمان إلا ما كان من ذهب أو فضة ، فانهما مضمونان ، اشترط ، أو لم يشترط .

٣ — إذا فرط ، أو تعدى ، ينظر : فان كانت العارية من المثليات . كنسخ الكتاب من طبعة واحدة فعليه مثل العارية ، وان كانت من القيميات فعليه قيمتها حين التلف ، لأنه الوقت الذي اشتغلت فيه ذمته بالقيمة .

٤ — قال صاحب الجواهر : « لا خلاف ، ولا إشكال في ان المستعير إذا رد العارية إلى المالك ، أو وكيله ، أو وليه برىء ، ولو ردها إلى حرزها الموجود عند صاحبها لم يبرأ من الضمان » .

وإذا احتاج الرد إلى مؤونة ونفقة فهي على المستعير ، لأنه قبض لمصلحة نفسه ، ولأنه يجب عليه رد العين إلى صاحبها ، مهما كلف الرد .

التنازع :

١ — إذا أنكر العارية فالقول قوله بيمينه ، لأنه منكر ، وإذا أثبتها

المعير بالبينة حكم على المنكر بالضمان ، ولو ادعى تلفها بعد انكارها لا تسمع دعواه ، لأن انكاره الأول بشكل اعترافاً بخيانته ، كما تقدم في الوديعة .

٢ – إذا قال المستعير تلفت العارية بلا تعدٍ ولا تفريط فالقول قوله بيمينه .

وإذا ادعى ردها إلى المعير فأنكر الرد فالقول قول المعير بيمينه ، لأن الأصل عدم الرد .. وسبق في باب الوديعة ان الوديع إذا ادعى الرد يؤخذ بقوله مع اليمين بعكس المستعير .. والفرق بينهما ان الوديع قبض العين لمصلحة المودع ، فهو محسن محض ، وما على المحسنين من سبيل ، أما المستعير فانه قبض لمصلحة نفسه .

٣ – إذا قال المالك : اجرتكها ، وقال الذي هي في يده : بل أعرتنيها ، فمن المدعي ؟ ومن المنكر ؟

للفقهاء في ذلك أقوال ، فمن قائل بأن المالك مدعٍ ، وثانٍ بأنه منكر ، وثالث بأنهما متداعيان ، وقال رابع بالقرعة .

والذي نراه انهما متداعيان ، أي ان كلاً منهما مدعٍ ومنكر معاً ، فالمالك يدعي الايجار وينكر العارية ، والآخر يدعي العارية وينكر الايجار ، فان وجد بينة تُعين احد الأمرين عمل بها ، وإلا فعلى كلٍ منهما ان يحلف اليمين على نفي دعوى الآخر ، فيحلف المالك انه لم يعر ، ويحلف الآخر انه لم يستأجر ، فان حلف احدهما ونكل الآخر أخذ بقول الحالف ، وان حلفا معاً ، أو نكلا معاً سقط قول الاثنين ، وعاد كل شيء إلى أصله ، حتى كأن لم يكن ايجار ولا عارية . ونتيجة ذلك ان يدفع الآخر الذي استعمل العين واستثمرها اجرة المثل إلى المالك إلا إذا كانت اجرة المثل أكثر من الاجرة التي ادعاها المالك ، فانه والحال هذي ، يأخذ الشيء الذي ادعاه ، لاعترافه بأنه لا يستحق أكثر منه ،

وبكلمة يأخذ المالك أقل الأمرين من الاجرة المسماة بزعمه ، واجرة المثل ، فان كانت الاجرة المسماة أكثر فله اجرة المثل ، وان كانت اجرة المثل أكثر فله الاجرة المسماة .

٤ – إذا قال المالك لمن في يده العين : انك اغتصبتها . فقال : بل هي عاريـــة ، فالقول قول المالك بيمينه ، لأن المنافع تتبع الاعيان في الملك ، والأصل عدم اباحتها للغير ، حتى يثبت العكس .. وعلى المنتفع بالعين ان يدفع لمالكها اجرة المثل .

الهبة

ويكلف بأخذ المالك أقل الأمرين من الأجرة المسماة بزعمه، وأجرة المثل، فإن كانت الأجرة المسماة أكثر فله أجرة المثل، وإن كانت أجرة المثل أكثر فله الأجرة المسماة.

٤ — إذا قال المالك لمن في يده العين: إنك اغتصبتها، فقال: بل هي وديعة، فالقول قول المالك بيمينه، لأن المنافع تتبع الأعيان في الملك، والأصل عدم إباحتها للغير، حتى يثبت العكس، وعلى المنتفع بالعين أن يدفع لمالكها أجرة المثل.

انتهى

معناها :

الهبة في اللغة التبرع والتفضل ، ومنه قوله تعالى : « فهب لي من لدنك ولياً – مريم ٤ » .

وفي عرف الفقهاء تمليك مال في الحال بلا عوض .

فخرج « بالتمليك » الوقف ، لأنه ليس تمليكاً ، و « بالمـال » خرجت العارية ، لأنها تمليك منفعة ،و « في الحال » خرجت الوصية ، لأنها تمليك بعد الموت، و « بلا عوض » خرج البيع ،لأنه تمليك بعوض .

الهبة المعوضة :

نبه الفقهاء إلى ان طبيعة الهبة لا تستدعي العوض،ولا عدم العوض ، بل يجوز أن تكون معوضة ، وغير معوضة ، وعلى هذا فلا مانع ان يهب شخص شيئاً لآخر بشرط ان يهب الموهوب له شيئـاً ، او يقوم بالتزام معين من فعل أو ترك ، قال صاحب الجواهر :

« المراد من عدم العوض عدم لزوم ذلك في الهبة ، لا عدم جوازه فيها » . وفرق واضح بين عدم اللزوم والوجوب ، وبين عدم الجواز، فان عدم اللزوم لا يتنافى مع وجود العوض، أما عدم الجواز فانه يأبى وجود العوض اباء كلياً .

بين الصدقة والهبة :

تشترك الصدقة مع الهبة في ان كلاً منهما تمليك بلا عوض مادي ، ويفترقان من وجوه :

١ ـ ان الصدقة يعتبر فيها نية التقرب إلى الله سبحانه ، قال الإمام الصادق (ع) : « لا صدقة ، ولا عتق إلا ما اريد به وجه الله تعالى » . ولا يعتبر ذلك في الهبة .

٢ ـ ان الصدقة تلزم بالقبض ، ولا يجوز الرجوع فيها بعده، سواء أكانت على رحم أو أجنبي ، لأن سبيل الصدقة هو ابتغاء ثواب الآخرة، فينال المتصدق عوضاً أدبياً يعدل العوض المادي من حيث عدم جواز الرجوع في الهبة المعوضة ، قال الامام الصادق (ع) : « لا ينبغي لمن أعطى الله شيئاً ان يرجع فيه» .. وقد فهم الفقهاء من لفظة لا ينبغي في هذه الرواية التحريم ، وعدم الجواز .. وقال أيضاً : انما مثل الذي يرجع في صدقته كالذي يرجع في قيئه .

٣ ـ تجوز الهبة من غير الهاشمي للهاشمي ، ولا تجوز الصدقة الواجبة من غير الهاشمي على الهاشمي إلا مع الضرورة .. أما الصدقة المستحبة فحكمها حكم الهبة .

٤ ـ قال جماعة من الفقهاء تصح صدقة الصبي إذا بلغ عشراً، لقول الإمام أبي جعفر الصادق (ع) : « إذا أتى على الغلام عشر سنين فيجوز في ماله ما اعتق ، أو تصدق ، أو أوصى على حد معروف » .. ولا تجوز هبته بالاتفاق .

وتجدر الاشارة إلى ان الصدقة تجوز على الغني والفقير ، والمسلم وغير المسلم ، قال تعالى : « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ـ الممتحنة ٨ » .

وقال رجل للامام الصادق (ع) : ان أهل البوادي يقتحمون علينا، وفيهم اليهود والنصارى والمجوس ، فنتصدق عليهم ؟ قال : نعم .

الشروط :

نذكر في هذه الفقرة الشروط التي لا بد من توافرها في الهبة بشتى أنواعها :

١ – الايجاب من الواهب ، والقبول من الموهوب له ، ويكفي كل ما دل على التراضي من قول أو فعل ، قال صاحب الجواهر: « السيرة القطعية متحققة في المقام على حصول الهبة بالمعاطاة » .

وقال السيد اليزدي في الملحقات : « الاقوى كفاية المعاطاة في الهبة، وانها تفيد الملك » .

٢ – ان يكون كل من الواهب والموهوب له عاقلاً بالغاً مختاراً ، لأن الهبة ايجاب وقبول وقبض ، والقاصر والمكره لا يصح ايجابه ولا قبوله ولا قبضه ، وللوصي والولي ان يقبلا الهبة للقاصر ، مع المصلحة .

ولا تصح الهبة من المحجر عليه لسفه أو فلس ، لأنه ممنوع من التصرفات المالية ، وتصح الهبة له .

٣ – ان يجوز تملك الموهوب له للشيء الموهوب ، فلا تصح هبة المصحف لغير المسلم .

٤ – لا تصح هبة ما سيوجد ، كالثمرة المتجددة ، وما تحمله الدابة في المستقبل ، لأن الهبة تمليك في الحال . قال صاحب مفتاح الكرامة : « ومنه يعلم عدم صحة هبة دهن السمسم قبل عصره» ،

وزيت الزيتون قبل استخراجه ، وما يجري مجراه ، لأنه في حكم المعدوم .. وقد جوزوا الوصية بالمعدوم ، كالثمرة المتجددة ، لأنها ليست تمليكاً في الحال » .

٥ – اتفقوا على ان القبض شرط ، ولكنهم اختلفوا : هل هو شرط لصحة الهبة ، بحيث لا تنعقد الا به ، أو هو شرط للزوم ، بمعنى ان الهبة تتم وتنعقد بلا قبض ؟

وتظهر الثمرة بين القولين من وجوه : الأول ان النماء المتخلل بين العقد والقبض يكون للواهب اذا كان القبض شرطاً للصحة وللموهوب ان يكن شرطاً للزوم . الثاني ان نفقة الشيء الموهوب ان احتاج الى نفقة تكون على الواهب ان اعتبرنا القبض شرطاً للصحة ، وعلى الموهوب ان اعتبرناه شرطاً للزوم . الثالث ان الشيء الموهوب يكون ميراثاً ان مات الواهب قبل القبض بناء على انه شرط للصحة ، أما بناء على انه شرط للزوم يكون الوارث بالخيار ، ان شاء أقر هبة مورثه ، وان شاء فسخها . الرابع ان قبض الموهوب له للشيء الموهوب لا يصح إلا بإذن الواهب ، ان كان القبض شرطاً للصحة ، ويصح القبض بلا اذنه ، ان كان شرطاً للزوم .

وقد ذهب المشهور بشهادة صاحب الحدائق ، وملحقات العروة الى ان القبض شرط للصحة ، لا للزوم ، وان الهبة لا تنعقد ، ولا تتم إلا بالقبض ، واستدلوا على ذلك بقول الامام الصادق (ع) : الهبة لا تكون أبداً هبة ، حتى يقبضها .. وما خالف هذا الرواية فهو شاذ متروك .

ويتفرع على ذلك ان القبض لا يصح إلا بإذن المالك .. ويجوز ان يتأخر القبض عن الايجاب والقبول ، ولا يعتبر اتصاله بهما ، ولا حصوله في مجلس .

٦ – اتفقوا على ان الموهوب يجوز ان يكون عيناً معلومة في الخارج، وجزءاً مشاعاً من عين ، وكلياً في شيء معين ، كصاع حنطة من هذه الصبرة،حيث لا مانع من القبض في شيء من ذلك .

أما الدين فان كان في ذمـة الموهوب له فتصح هبته ، والهبة هنا تفيد فائدة الابراء الذي لا يشترط فيه القبول عند أكثر الفقهـاء . قال صاحب الجواهر : « تصح الهبة لمن عليه الحق بلا خلاف أجده ، بل في بعض كتب مشايخنا الاتفاق عليه ، ولعله لصحيح معاوية بن عمـار عن الامام الصادق (ع) ،قال : سألته عن الرجل يكون له على الرجل دراهم، فيهبها له ، أله ان يرجع فيها ؟ قال : لا . »

ولا تصح هبة الدين لغير من هو عليه عنـد المشهور ، لأن القبض شرط في صحة الهبة ، وما في ذمة غير الموهوب له يمتنع قبضه ، لأنه كلي ، لا وجود له في الخارج .

٧ – لا يشترط العلم بمقدار الشيء الموهوب ، فيجوز هبـة ما في الكيس ، وهبة حصة شائعة من عـين مجهولة الكم والمقدار ، كنصف هذا البستان مع عدم العلم بمساحته .

وقال السيد اليزدي في ملحقات العروة : تجوز هبة الفـرد المردد ، كأحد هذين .

هل عقد الهبة جائز ؟

سبق ان الهبة تتم ، وتنعقد بالايجاب والقبول والقبض ، وان القبض شرط في الصحة ، لا في اللزوم .. أجل ، ان قاعدة وجوب الوفـاء بالعقد تستدعي أن يكون عقد الهبة بعد القبض لازماً إلا ما خرج بالدليل كما هو الشأن في جميع العقود،ولكن ثبت النص عن الإمام الصادق(ع) انه قال : إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع فيها،وإلا فليس .

وهذا النص يخرج الهبة من عموم قاعدة وجوب الوفاء بالعقد، ويجعل القاعدة في الهبة عدم وجوب الوفاء إلا ما خرج بالدليل ، وقد دل الدليل على خروج الموارد التالية ولزومها[1] :

١ - ذهب المشهور بشهادة صاحب مفتاح الكرامة ، وملحقات العروة إلى ان هبة القرابة تلزم بمجرد القبض ، ولا يجوز للواهب القريب الرجوع عن هبته لقريبه،سواء أكان قد تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ، أو لم يتصرف ، فقد سئل الإمام الصادق (ع) عن الرجل يهب الهبة ، أيرجع فيها ان شاء، أم لا ؟ قال : تجوز - أي تنفذ - الهبة لذي قرابة ، والذي يثاب من هبته ، ويرجع في غير ذلك ان شاء .

وجاء في كتاب الجواهر ، والمسالك ، ومفتاح الكرامة ، وملحقات العروة ، وغيرها ان المراد بالقرابة كل قريب بعدت لحمته، أو قربت، جاز زواجه من الواهب ، أو لم يجز ، وارثاً كان ، أو غير وارث ، مسلماً كان ، أو غير مسلم .

٢ - ذهب أكثر الفقهاء بشهادة صاحب الجواهر ، ومفتاح الكرامة الى ان هبة أحد الزوجين للآخر لا تلزم بالقبض ، بل يجوز لكل منهما الرجوع عنها ، ولكن على كراهية .

وقال جماعة ، منهم صاحب الجواهر ، وصاحب ملحقات العروة ، والسيد الاصفهاني في وسيلة النجاة قالوا : إذا وهب الزوج زوجته ، أو الزوجة زوجها فان الهبة تلزم بمجرد حصول القبض،تماماً كما هو الحكم في القرابة النسبية ، واستدلوا برواية عن الامام الصادق (ع) جاء فيها: «لا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته ، ولا المرأة فيما تهب لزوجها » .

---

١ قال صاحب الجواهر: « ان الهبة من العقود اللازمة،وان اعتراها الجواز في بعض مواردها». والحق انها من العقود الجائزة لما ذكرنا ، ولا نحكم بلزوم مورد منها الا بدليل خاص .

٣ — تلزم الهبة بالقبض إذا كانت بعوض ومقابل ، كما لو فرَض الواهب على الموهوب له القيام بالتزام خاص ، لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي ، أو للمصلحة العامة .. ولا فرق بين ان يكون العوض قليلاً أو كثيراً ، قال صاحب الجواهر : «بلا خلاف أجده في ذلك مضافاً الى قول الامام الصادق (ع) : اذا عُوّض صاحب الهبة فليس له ان يرجع» .

٤ — تلزم الهبة إذا هلك الشيء الموهوب بفعل الموهوب له ، أو بفعل أجنبي ، أو بآفة سماوية ، لقول الامام (ع) : إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع فيها ، وإلا فليس .

٥ — اذا مات الواهب ، أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة ، لأنها لا تنعقد إلا به ، وإذا مات الواهب بعد القبض فليس لورثته الرجوع ، لأن حق الرجوع متصل بشخص الواهب ، لا بورثته . وكذا تلزم بموت الموهوب له بعد القبض ، حيث ينتقل الملك الى ورثته فلا يكون الموهوب قائماً بعينه . قال السيد اليزدي في ملحقات العروة الوثقى ص ١٦٤ طبعة ١٣٤٤ هـ:

«إذا مات الموهوب له بعد القبض سقط جواز الرجوع ، لأن المال انتقل الى ورثته ، فليس قائماً بعينه ، مع ان القدر المعلوم جواز الرجوع على الموهوب له — لا على ورثته — وإذا مات الواهب بعد الاقباض ، وقبل الرجوع لزمت الهبة ، وليس لوارثه الرجوع وفاقاً للعلامة ، والشهيد ، وفخر المحققين ، والمحقق الثاني ، وتبعهم المحقق القمي للاصل بعد عدم الدليل على الانتقال الى وارثه . ودعوى ان حق الرجوع الثابت للواهب ينتقل الى ورثته ، كما في حق الخيار مدفوعة بأن جواز الرجوع ليس حقاً ، حتى يدخل في عموم ما ترك الميت من مال أو حق فهو لوارثه ، بل هو حكم شرعي ، فليس من متروكات الميت ، بل لو شك في كونه حقاً أو حكماً فهو كذلك — أي لا يورث — لعدم صدق

كونه من التركة . وعلى فرض كونه حقاً خاصاً فالقدر المتيقن كونه قائماً بنفس ، فلا يقبل الانتقال ، ولا يستفاد من النص الا جواز الرجوع لنفس الواهب » .

٦ – من الأسباب التي تجعل الهبة لازمة ان ينقل الموهوب له الشيء الموهوب عن ملكه بالبيع أو الهبة أو الوقف ، أو يغيره تغييراً يصدق معه ان العين ليست قائمة بذاتها ، كالحنطة يطحنها ، وقطعة القماش يفصلها ثوباً ، أما مجرد لبس الثوب ، أو ركوب الدابة فلا يمنع من الرجوع بالهبة . قال الشهيد في اللمعة ج ١ باب العطية :

« يصح الرجوع بالهبة بعد الاقباض ما لم يتصرف الموهوب له تصرفاً متلفاً للعين ، أو ناقلاً للملك ، أو مغيراً للعين ، كقصارة الثوب ، ونجارة الخشب ، وطحن الحنطة » .

وقال صاحب ملحقات العروة :

« ان اجارة الموهوب له العين الموهوبة يخرجها عن كونها قائمة بعينها فلا يجوز للواهب الرجوع معها .. وكذا لو رهنها، أو غرس في الأرض أشجاراً ، أو بنى فيها داراً ، أو الورق جعله كتاباً ، أو سنداً .. كل ذلك يمنع الواهب من الرجوع عن الهبة، ويجعلها لازمة .. والمعيار لجواز الرجوع أن يكون الشيء الموهوب بحاله لم يتغير، فإذا تغير فلا رجوع .

في القبض :

قبض الموهوب كقبض المبيع يختلف باختلاف طبيعته ، فقبض غير المنقول التخلية بينه وبين الموهوب له ، وقبض المنقول التسليم والتسلم يداً بيد ، والمعيار ان يكون الشيء الموهوب تحت سلطان الموهوب له ، بحيث يتمكن من التصرف فيه دون مانع .

وإذا كان الشيء الموهوب في يد الموهوب له عاريـــة أو وديعة أو غصباً أو مستأجراً فلا يحتاج إلى قبض جديد ، ولا إلى مضي زمن يمكن فيه القبض ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف أجده بين المتأخرين ولا إشكال » .

وإذا وهب الولي ما في يده للقاصر المولى عليه فلا يحتاج إلى قبض جديد ، لأنه من باب تعاقد الانسان مع نفسه ، بحيث يكون موجبـــاً بالأصالة عنه ، وقابلاً بالنيابة عن غيره .

مسائل :

١ ـ إذا أراد الواهب أن يرجع عن الهبة، حيث يجوز له ذلك فلا يجب عليه ان يعلم الموهوب لـه بالرجوع ، فلو أنشأ الرجوع من غير علمه صح .

٢ ـ إذا ظهر الشيء الموهوب مستحقاً للغير بطلت الهبة ، فإن كان موجوداً أخذه المالك وانتهى كل شيء،وان كان تالفاً تخير المالك بين الرجوع على الواهب ، أو الرجوع على الموهوب له ، فإن رجع على الموهوب له رجع هو بدوره على الواهب ان كان عالماً بالغصب فلا يرجع عليه ، لأنه غاصب مثله .

٣ ـ إذا رجع الواهب في هبته فيما يجوز له الرجوع ، وافترض ان تجدد نماء للشيء الموهوب بعد القبض ، وقبل الرجوع ، فهل يكون هذا النماء للواهب ، أو للموهوب له ؟

قال الفقهاء : ان كان النماء منفصلاً ، كالثمرة على الشجرة، وحمل الدابة ، واللبن في الضرع فهو للموهوب له ، لأنه حصل في ملكه ،

إذ المفروض ان الهبة تتم بالعقد والقبض.وان كان النماء متصلاً ، كسمن الدابة ، ونمو الشجرة فهو للواهب ، لأنه جزء لا ينفك عن الشيء الموهوب الذي يجوز الرجوع فيه .

وإذا حدث عيب أو نقص في الشيء الموهوب ، ورجع الواهب فلا ضمان على الموهوب له ، حتى ولو كان النقص والعيب بفعله .

وقال السيد اليزدي في ملحقات العروة : الأقوى ان الواهب لا يجوز له الرجوع إذا نقص الشيء أو زاد زيادة متصلة أو منفصلة ، لأن العين ، والحال هذي ، لا يصدق عليها انها قائمة .

وقريب من ذلك ما جاء في الوسيلة للسيد الاصفهاني ، حيث قال : « يحتمل ان يكون النماء المتصل كالسمن مانعاً من جواز الرجوع ، لعدم كون الموهوب معه – أي مع النماء المتصل – قائماً بعينه ، ولا يخلو من قوة » .

وبكلمة ان الشيء الموهوب إذا كان بحاله لم يتغير يجوز الرجوع فيه إذا كان الموهوب له أجنبياً ، وإذا تغير ، ولم يبق على حاله فلا يجوز الرجوع .. والاختلاف بين الفقهاء انما هو في التطبيق والتشخيص ، فمن يرى ان الزيادة والنقصان يغيران الشيء عما هو عليه قال بعدم جواز الرجوع ، ومن لم ير ذلك قال بجواز الرجوع .

ونحن على رأي من قال : ان الزيادة والنقصان يوجبان التغير ،وبالتالي لا يجوز الرجوع مع حدوث واحد منها .

السبق والرماية

إذا تعرض لها الهبة أو بالملك والقبض ، وإن كانت الزيادة متصلة ، كالسمن الكثير ، ونمو الشجرة فهي للواهب ، لأنه يصير ، لا ينفك عن الشيء الموهوب الذي يجوز الرجوع فيه .

وإذا حدث عيب أو نقص في الشيء الموهوب ، ورجع الواهب فلا شيء على الموهوب له ، حتى وإن كان النقص والعيب بفعله .

وقال السيد اليزدي في ملحقات العروة : الأقوى أن الواهب لا يجوز له الرجوع إذا نقص الشيء ، أو زاد زيادة متصلة أو منفصلة ، لأن الشيء ، والحالة هذه ، لا يصدق عليها أنها قائمة .

وقريب من ذلك ما جاء في الوسيلة للسيد الأصفهاني ، حيث قال : « يشكل أن يكون الزيادة المتصلة كالسمن مانعاً من جواز الرجوع ، لعدم كون الموهوب معها — أي مع الزيادة المتصلة — قائماً بعينه ، ولا يخلو من قوة » .

والخلاصة أن الشيء الموهوب إذا كان باقياً بحاله جاز الرجوع فيه إذا كان الموهوب له أجنبياً ، وإذا تغير ولم يبق على حاله فلا يجوز الرجوع ... والاختلاف بين الفقهاء إنما هو في التطبيق والتشخيص ، فمن يرى أن الزيادة والنقصان يخرجان الشيء عما هو عليه قال بعدم جواز الرجوع ، ومن لم ير ذلك قال بجواز الرجوع .

ونحن على رأي من قال : إن الزيادة والنقصان يوجبان التغير ، وبالتالي لا يجوز الرجوع مع حدوث واحد منها .

المعنى :

السبق بسكون الباء معناه في اللغة المسابقة ، وبفتحها معناه المال المبذول للسابق ، وفي عرف الفقهاء معاملة على اجراء الخيل، وما يشبهها في حلبة السباق ، لمعرفة الأجود منها .

وللرمي في اللغة معانٍ ، منها الالقاء ، وفي الاصطلاح معاملة على المناضلة بالسهام ، ليعلم حذق الرامي ، ومعرفته بمواقع الرمي .

الشرعية :

وهما مشروعان اجماعاً ونصاً،ومنه ما تواتر عن الرسول الأعظم(ص): « لا سبق إلا في نصل ، أو خف ، أو حافر » . وفائدتهما التمرن على مباشرة النضال والاستعداد ، لممارسة القتال دفاعاً عن الدين والوطن.

ويدخل في الحافر الخيل والبغال والحمير ، وفي الخف الابل والفيلة، وفي النصل السيف والسهم والحراب ، واتفق الفقهاء كلمة واحدة على ان هذه الأشياء تجوز المسابقة بها على عوض ، لأنها منصوصة ، وأيضاً

اتفقوا على ان المسابقة بغيرها على عوض لا تجوز ، كالمسابقة بالمصارعة والسفن والطيور ، وبالعدو على الأرجل ، وبرفع الأثقال والأحجار ورميها ، وما إلى ذلك مما لم يرد فيه نص ، واختلفوا في جوازها بلا عوض .

فذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر إلى الجواز ، وقال البعض بالتحريم ، وسبب الاختلاف هو ان الباء من سبق في حديث : « لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر » هل هي مفتوحة أو ساكنة ، فإن كانت مفتوحة فمعنى الحديث ان المال لا يبذل في المسابقة إلا بالخف والحافر والنصل ، وعليه تجوز المسابقة بغير هذه الثلاثة بلا مال وعوض، وان كانت ساكنة فالحديث ينفي مشروعية المسابقة من الأساس بعوض كانت أو بغير عوض إلا في الثلاثة المنصوصة .. قال صاحب الجواهر: « فتح الباء هو المشهور — فالحديث اذن — لا يدل إلا على عدم مشروعية بذل العوض في غير الثلاثة،فيبقى غيرها على أصل الجواز — أي المسابقة مع عدم العوض — وان احتملنا الأمرين : فتح الباء وسكونها تسقط دلالة الحديث ، ويبقى أصل الجواز » .

ونحن على رأي صاحب الجواهر،حيث يرى جواز المسابقة بالمصارعة وبالطيور والسفن ، وبالعدو ، ورفع الأثقال ، وبالكتابة ، لمعرفة أي الخطين أجود ، وما إلى ذاك إذا لم تكن بعقد ملزم . ويجوز للسابق ان يأخذ المال من الدافع على سبيل الوعد ، بحيث يجوز له الوفاء به ، والعدول عنه لعدم الدليل على التحريم ، والأصل الجواز .

قال صاحب الجواهر ما نصه بالحرف :

« ان التحقيق هو الحرمة وعدم الصحة إن اريد ايجاد عقد السبق بذلك ، إذ لا ريب في عدم مشروعيته بعوض أو بغير عوض[1] ، ولو للأصل،فضلاً عن النهي في حديث الحصر – وهو لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر – أما فعله لا على وجه كونه عقدَ سبقٍ فالظاهر جوازه للأصل ، والسيرة المستمرة على فعله في جميع الاعصار والامصار من العوام والعلماء،وما روي من مصارعة الحسن والحسين(ع) ومكاتبتهما، والتقاطهما حب قلادة أمهما .. بل لا يبعد جواز العوض على ذلك،والوعد به ، مع استمرار الرضا ، لا على انه عوض شرعي » .

الأسلحة الحديثة :

وهنا سؤال يفرض نفسه ، وهو ان الحديث الشريف أجاز المسابقة بالسهم والخيل ، وما اليهما استعداداً لدفع العدو ، وصده .. وبديهة ان العدو لا يتسلح بالسهم ، ولا يعتد بالخيل ، اذن ، لم يبق للأشياء التي نص عليها من موضوع ، فهل تجوز المسابقة بالأسلحة الحديثة ، كالرمي بالبندقية ، ومسابقة السيارات وما اليهما على عوض ، أو ان باب المسابقة يجب الغاؤه من الفقه كلية ؟

---

١ لا يشرع مع العوض ، لانه قار ، ولا من غير عوض لانه ليس تمليكاً لعين ولا لمنفعة ، حتى يكون هبة او عارية ، او ما اشبه ، وليس في الشريعة الاسلامية عقد خال من التمليك والتملك من سائر وجوهه .

والجواب : ان قوله تعالى : « واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم - الانفال ٦٠ » يشمل كل قوة ترهب العدو وتخيفه وتصده عن العدوان .. وليس من شك ان العدو لا يخاف إلا إذا تسلحنا بنوع سلاحه ، أو أقوى منه وأمضى .

وبتعبير ثانٍ انه لا اعتبار بالحافر والخف والنصل ، وانما الاعتبار بالسلاح المعروف المتداول ، والرسول الأعظم (ص) انما ذكر هذه الثلاثة ، لأنها السلاح المعروف دون غيرها في عصره .. وليس هذا اجتهاداً منا في قبال النص ، وانما هو اجتهاد صحيح ومركز في تفسير النص يتفق كل الاتفاق مع مقاصد الشريعة السمحة الغراء، تماماً كالاجتهاد في تفسير قول الامام (ع) : « لا زكاة إلا بحديد » من ان المراد بالحديد الآلة الصلبة المحددة : نحاساً كانت أو فضة أو ذهباً أو حديداً أو فولاذاً ، ولو جمدنا على ظاهر النص لكانت الذبيحة بسكين النحاس أو الفضة ميتة لا يجوز أكلها ، حتى ولو اجتمعت كل الشروط ، ولا احسب أحداً يقول بذلك . وبالاجمال ان الاجتهاد في تفسير النص جائز ؛ كتفسير الحديد بالآلة الصلبة ، حسبما ذكرنا ، والاجتهاد في قبال النص محرم ، كتحليل أكل الميتة خنقاً ، ومن غير ذبح .

الشروط :

لا بد من تراضي المتسابقين جميعاً ، ومن العقل والبلوغ ، ومن

عين المال الذي يبذل للسابق ، عيناً كان أو ديناً . ويجوز ان يكون ن المتسابقين فيقول كلٌ لصاحبه : ان سبقتني أعطيتك عشرة ، وان يكون من احدهما فقط ، فيقول له : ان سبقتني فلك مني عشرة، وان سبقتك فلا شيء لي عليك ، وان يكون من اجنبي ومن بيت المال ، فتخصص الحكومة مبلغاً للمسابقة تشجيعاً للشباب على التمرن للحرب ، وأيضاً يشترط تعيين المسافة ابتداء ، وغاية .

ولا بد في الرمي من معرفة الهدف ، وعدد السهام أو الطلقات ، كعشرين – مثلاً – وعدد الاصابات ، كعشر منها ، وان تكون آلة الرمي من جنس واحد .. وقد أوجب جماعة من الفقهاء وجود المحلل ، أي الحكم بين المتسابقين ، وهو الخبير الأمين الذي يميز السابق عن غيره إذا تنازع المشتركون في السباق .

تنبيه :

إذا فسدت المسابقة لسبب من الأسباب ، كجعل الخمر عوضاً ، أو كون العوض مجهولاً فليس للسابق شيء اطلاقاً ، لا المسمى ، ولا اجرة المثل ، اذ المفروض أنه لم يعمل شيئاً لغيره ، ولم تستوف منه أية منفعة .. أما سبقه وغلبته فانه يرجع اليه وحده ، ومن هنا قال أكثر من محقق عريق في الفقة : ان المسابقة ليست عقداً من العقود ،

حيث لا معاوضة فيها ، ولا هي تمليك بلا عوض ، ولا جعالة على عمل ، لأن الغالب لم يعمل شيئاً لأحد .. فلم يبق إلا ان تكون المسابقة معاملة مستقلة برأسها لا تشبه شيئاً من المعاملات ، ولا يشبهها شيء .

الوكالة

حيث لا معارضة لها ، ولا حي تأليف بلا عرض ، ولا حالة تحيل على ، لأن الكاتب لم يحاول شيئاً لأحد — لم يبق إلا أن نكرر المناقشة مادتها سابقة برأسها لا تلغي شيئاً من المداخلات ، ولا يشغلها شيء .

[illegible]

معناها :

الوكالة بفتح الواو وكسرها معناها في اللغة التفويض ، وعند الفقهاء عقد يستنيب به الانسان غيره عن نفسه في تصرف مملوك له في حياته ، ويسمى المستنيب موكّلاً ، والمستناب وكيلاً ، ومحل الوكالة موكلا به .. وبعد تمام الوكالة يصبح تصرف الوكيل فيما وكل به نافذاً على الموكل، تماماً كما لو باشره بنفسه .

شرعيتها :

الوكالة مشروعة اجماعاً ونصاً ، ومنه قول الامام الصادق (ع) : من وكل رجلاً على امضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة ابداً ، حتى يعلمه بالخروج منها ، كما أعلمه بالدخول فيها .

وقال صاحب الجواهر : «لا ريب في مشروعية عقد الوكالة ، بل لعله من ضرورة الدين ، فلا حاجة الى الاستدلال عليه» .

في العقد والوكيل والموكل :

١ ـ قـال السيد اليزدي في ملحقات العروة أول باب الوكالة :

« المشهور ان الوكالة من العقود ، فيعتبر فيها الايجاب والقبول ، ويتحقق ايجابها بكل لفظ دال على الاستنابة ، وقبولها بكل ما يدل على الرضا بذلك من قول أو فعل ، بل ايجابها بالقول والفعل وبالاشارة والكتابة » .

وقال صاحب الشرائع والجواهر : « لو قال رجل لآخر : هل وكلتني ؟ فقال : نعم ، أو أشار بالاجابة كفى » .

٢ ـ أن يكون كل من الموكل والوكيل عاقلاً بالغاً مختاراً ، وأن لا يكون الموكل محجراً عليه لسفه أو فلس ، لأن السفيه والمفلس ممنوعان من التصرف في أموالهما .. أجل ، لهما التوكيل ، وما اليه مما لا يدخل في التصرفات المالية .

ويجوز أن يكون كل من السفيه والمفلس وكيلاً عن الغير ، لأنهما ممنوعان من التصرف في أموالهما ، لا في أموال الغير ، وبتعبير صاحب الجواهر ان المحجر عليه لسفه أو فلس لا يجوز ان يباشر العمل لنفسه ، لا انه لا يجوز له ان يباشره بنفسه ، حتى ولو كان نيابة عن غيره .

٣ ـ إذا كان الوكيل محرماً للحج ، أو للعمرة فلا يجوز له ان يتوكل عن غير المحرم في بيع الصيد أو شرائه أو حفظه ، ولا في عقد الزواج .

٤ ـ ذهب المشهور الى ان الوكالة يجب ان تكون منجزة غير معلقة ، فاذا قال له : وكلتك ان فعلت كذا ، أو ان جاء فلان من سفره ، وما إلى هذا بطلت الوكالة ، حيث يشترط ان يكون المتعاقدان على يقين من ترتب الأثر على العقد .. والتعليق مناف لليقين والجزم .

وقد أبطلنا هذا الشرط في الجزء الثالث في فصل شروط العقد، فقرة «التعليق» وأثبتنا بالأرقام ان العقد يصح مع التعليق ، وأنه لا دليل على اعتبار الجزم به ، وان المعيار هو وجود الرضا ، وان الرضا بالمنشأ المعلق تماماً كالرضا بالمنشأ المطلق .

ومن الغريب ما جاء في مفتاح الكرامة ، أول باب الوكالة ان الفقهاء حكموا بصحة الوكالة إذا قال : وكلتك ، وشرطت عليك كذا، وببطلانها إذا قال : وكلتك بشرط كذا ، لأن الأول مطلق ، والثاني معلق .. وأغرب من هذه التفرقة،وهذا التعليل نسبة ذلك إلى الضوابط الشرعية .. ولا أحسب شارعاً يقول بذلك ، أياً كان نوعه .

محل الوكالة :

يعتبر في محل الوكالة ، وهو الشيء الموكل فيه ما يلي :

١ – ان يكون مملوكاً للموكل اصالة ، أو ولاية ، أو وصاية، فلو وكل غيره في طلاق امرأة سينكحها ، أو بيع عقار سيشتريه أو قبض دين سيستدينه ، وما أشبه لم يصح ، لأنه لا يتمكن من فعل ذلك بنفسه فلا ينتظم فيه اقامة غيره .

٢ – ان يكون الشيء الموكل به معلوماً ، ولو بجهة من الجهات ، قال السيد اليزدي في الملحقات :

« يشترط في صحة الوكالة عدم الابهام الموجب للغرر ، فلو قال : وكلتك ، ولم يبين في أي شيء بطلت الوكالة .. وكذا لو قال : وكلتك في أمر من اموري ، أو في شيء من أموالي . نعم،لو قال : وكلتك في بيع داري ، أو بستاني صح ولا يضر الترديد » .

يريد بهذا ان الشيء المبهم من جميع جهاته لا يصح أن يكون محلاً للوكالة ، أما إذا كان مبيناً من جهة ، ومجهولاً من جهة فلا بأس .

والحق ان المحكم في ذلك هو العرف ، فكل وكالة يراها صحيحة فهي صحيحة شرعاً ، لأن اطلاق أدلة الوكالة تشملها .

٣ – هل الأصل جواز التوكيل في كل شيء إلا ما خرج بالدليل، بحيث إذا وكل انسان غيره في شيء نحكم بالصحة بمجرد التوكيل دون توقف على دليل خاص ، بل الحكم بالبطلان يحتاج إلى نص ، أو ان الأصل بطلان الوكالة وعدم صحتها في كل شيء إلا ما خرج بالدليل ، فمن وكل في شيء فلا نحكم بصحة الوكالة إلا إذا ثبت النص على صحتها بالخصوص؟

قال صاحب الجواهر : «يستفاد من كلام الفقهاء ان الأصل جواز الوكالة في كل شيء – ثم قال – ويكفي في اثبات ذلك قول الامام الصادق (ع) في صحيح ابن سالم : ان الوكيل إذا وكل ، ثم قام عن المجلس ، فأمره ماض أبداً ، والوكالة ثابتة ، وقوله في الصحيحين أيضاً : من وكل رجلاً على امضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً.. فان قوله هذا يتناول كل مورد من الموارد التي تعلقت به الوكالة» .

عقد الوكالة جائز :

عقد الوكالة جائز من الجانبين ، فللوكيل ان يعزل نفسه ، ولو لم يعلم الموكل ، وللموكل ان يعزل الوكيل ، ولكنه لا ينعزل ، ويبقى تصرفه على النفوذ ، حتى يبلغه العزل ، لقول الامام الصادق (ع): كل من وكل رجلاً على امضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً ، حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها ، قال صاحب الجواهر : الاجماع على ذلك .

أجل ، ذهب المشهور بشهادة صاحب الملحقات الى ان الوكالة تصير

لازمة اذا أخذت شرطاً في ضمن عقد لازم، كما لو باعه شيئاً ، واشترط عليه ان يكون وكيلاً من قبله في شيء معين ، فيصبح وكيلاً بمجرد انعقاد العقد ، وليس له ان يعزله ، وهـذا من باب شرط النتيجة ، وهي الأثر المترتب على العقد: ويسمى «التزام في ضمن التزام» . أما لو اشترط ان يقيمه وكيلاً ، أي يجري معه عقد الوكالة ففعل ، فان له ، والحال هذي ، ان يعزله بعد التوكيل الا إذا اشترط عليه عدم العزل، فيجب عليه الوفاء بالشرط ، لحديث «المؤمنون عند شروطهم» .

اقسام الوكالة :

تنقسم الوكالة باعتبار محلها ومتعلقها إلى عامة ، وخاصة، ومثال العامة ان يقول له : انت وكيلي في كل شيء، فتشمل البيع والشراء والايجار والهبة والرهن والمرافعة والترويج ، بل والتطليق ، وما إلى ذلك مما يخص الموكل ، وتجوز فيه النيابة .

والخاصة : ان يقول له : انت وكيلي في بيع داري ، أو تزويجي ، وما أشبه ذلك . وتنقسم الخاصة إلى مطلقة ، كقوله : بع داري ، ولم يحدد الثمن ، وإلى مقيدة ، كبعه بألف، وهذه الأقسام صحيحة بكاملها.

وظيفة الوكيل :

على الوكيل ان يحرص بدقة على مصلحة الموكل ، وان لا يتعدى في تصرفه محل الوكالة ، فإن فعل كان فضولياً .. أجـل ، إذا دلت القرينة الحالية على التجاوز صح ، ونفذ فعله ، كما لو قال له الموكل: بع داري بألف ، فباعها بألف ومئة ، لأن المفهوم هو النهي عن بيعها بالأقل ، لا بالأكثر ، أو قال له : اشتر لي دار فلان بألف، فاشتراها

بتسع مئة ، حيث يفهم النهي عن الشراء بالأكثر ، لا بالأقل ، وإذا اطلق ولم يعين ، كما لو قال له : بع داري ، أو اشتر لي داراً وجب على الوكيل مراعاة مصلحة الموكل من عدم البيع ، أو الشراء بأكثر من ثمن المثل .

وليس للوكيل ان يوكل غيره إلا بتصريح خاص من الموكل ، أو باذن عام ، كما لو قال له : فوضت الامر اليك ، فافعل ما شئت .

ولا يجب على الوكيل تسمية الموكل في المعاملات إلا في عقد الزواج، لأن الزوجين كالعوضين في البيع لا بد من ذكرهما صراحة . ولو اشترى الوكيل شيئاً للموكل في ذمته وجب عليه ان يقصد الموكل بالذات ، لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بالقصد ، أما إذا باع الوكيل عيناً من أموال موكله فيصح البيع ، ويقع للموكل ، حتى ولو قصد غيره ، لأن البيع يحصل في الواقع لمن يملك العين ، والقصد لا يغير الواقع عن واقعه .

وأجمعوا على ان التوكيل في الخصومة لا يشترط فيه رضا الخصم ، وأيضاً أجمعوا بشهادة صاحب التذكرة على ان الوكيل في الخصومة ليس له ان يقر عن الموكل ، أو يصالح ، أو يبرىء الا بإذن خاص من الموكل . قال صاحب القواعد ، وصاحب مفتاح الكرامة : « ان التوكيل في الخصومة ليس اذناً في الاقرار ، ولا الصلح ، ولا الابراء، لعدم دلالة التوكيل في الخصومة على شيء من ذلك ، فان وكيل المدعي يملك اقامة الدعوى ، وتقديم البينة ، وتعديلها ، وتحليف الخصم،وطلب الحكم من القاضي على الغريم ، وكل ما هو وسيلة لاثبات الحكم ، أما وكيل المدعى عليه فيملك الانكار والطعن بالشهود .. والسعي ما أمكن» أي ما أمكن لرد الدعوى .

وأيضاً اطلاق التوكيل في الخصومة ليس اذناً بقبض الحق من الخصم بعد ثبوته ، كما ان اطلاق التوكيل في البيع ليس اذناً بقبض الثمن ،

ولا اطلاق الشراء اذناً بقبض المبيع ، لأن الانسان قد يرى في شخص أهلية المخاصمة ، واجراء المعاملات ، ولا يراه أميناً على المال، وبالعكس، قد يراه أميناً على المال غير أهل للخصومة والمعاملات .

تعدد الوكلاء :

يجوز تعدد الوكلاء في تصرف واحد ، أما نفاذ تصرفهم مجتمعين أو منفردين فيقتضي التفصيل التالي :

١ – ان يوكل اثنين أو أكثر في شيء واحد ، ويشترط اجتماعها معاً في الرأي ، بحيث لا ينفذ تصرف أحدهما دون موافقة الآخر ، وعليه فإذا انفرد في التصرف يكون تصرفه لغواً ، وإذا مات أحدهما ، أو عزل نفسه ، أو عزله الموكل تبطل وكالة الآخر ، لأن الوكالة مركبة من ارادتهما معاً،والمركب ينتفي بانتفاء أحد أجزائه .

٢ – ان يطلق ارادة أحدهما في التصرف ، ولا يقيده بارادة الثاني، ولكنه يشترط على الثاني أن يتقيد بارادة الأول ، وعليه ينفذ تصرف الأول منفرداً ، ولا ينفذ تصرف الثاني إلا منضماً ، وهذا الوكيل يسمى وكيلاً بالضميمة ، واذا مات الثاني لا تبطل وكالة الأول ، أما اذا مات الاول فتبطل وكالة الثاني .

٣ – ان يصرح الموكل باستقلال كل منهما في التصرف ، وعليه ينفذ تصرفه مطلقاً ، حتى مع معارضة الآخر . واذا تصرف كل واحد تصرفاً يتنافى مع تصرف الآخر ، كما لو كانا وكيلين في بيع عقار ، فباعه احدهما من زيد ، وباعه الآخر من عمرو ، اذا كان كذلك نفذ البيع السابق ، وبطل اللاحق واذا وقعا في آن واحد بطلا معاً .

٤ – ان يطلق لهما الوكالة،ولا يبين : هل هي على سبيل الاستقلال، أو الانضمام ، كما لو قال : وكلتكما في كذا ، أو انتما وكيلاي في كذا ، والوكالة هنا تحمل على الانضمام ، تماماً كما لو اشترط اجتماعهما معاً .

أحكام الوكالة :

١ – الوكيل أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط ، قال صاحب الجواهر : « لا خلاف بين المسلمين ، ولا اشكال في ذلك، سواء أكانت الوكالة بجعل – أي بأجرة – أو بغير جعل ، لأن الوكيل أمين كغيره من الأمناء الذين قام الدليل على عدم ضمانهم من النص والاجماع » .

وبالمناسبة نذكر رواية عن الامام الصادق (ع) ، لأن فيها عبرة وعظة، قال محمد بن مرازم : « شهدت الامام الصادق (ع) ، وهو يحاسب وكيلاً له ، والوكيل يكثر من قول : والله ما خنت ، فقال الامام : يا هذا ، خيانتك وتضييعك عليّ سواء ، ألا ان الخيانة شرها عليك ، ان رسول الله (ص) قال : لو ان احدكم فر من رزقه تتبعه ، حتى يدركه ، كما انه ان هرب من أجله تبعه ، حتى يدركه ، ومن خان خيانة حسبت عليه من رزقه ، وكتب عليه وزرها » .

اذا تعدى أو فرط الوكيل يضمن ، ولكن وكالته لا تبطل ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف أجده ، لعدم التنافي بين الضمان بسبب شرعي ، وبين بقاء الوكالة » .

٣ – كل معاملة يتجاوز فيها الوكيل محل الوكالة تقع فضالة عن الموكل ، وتلزم باجازته ، وتلغى مع عدمها .

انتهاء الوكالة :

تنتهي الوكالة بالأمور التالية :

١ – اتمام العمل الموكل به .

٢ – موت كل من الوكيل والموكل،لأن شخصيتهما موضع الاعتبار في الوكالة .

٣ – الجنون والاغماء من كل منهما ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف أجده ، بل في المسالك هو موضع وفاق » .

٤ – اذا حُجر على الموكل فيما وكل فيه بعد الوكالة ، لأن الوكيل فرع عن الأصيل ، فإذا سقط الأصل تبعه الفرع .

٥ – أن يعزل الموكل الوكيل ، ولكنه لا ينعزل إلا بعد علمه بالعزل ، فكل تصرف يأتي به بعد العزل وقبل العلم – فهو نافذ على الموكل . فقد سئل الامام الصادق (ع) عن رجل وكّل آخر في أمر من الامور ، واشهد له بذلك شاهدين ، ولما خرج الوكيل لامضاء الأمر قال الموكل : اشهدوا اني عزلته عن الوكالة ؟ فقال الامام : ان كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكل فيه قبل العزل فان الامر ماضٍ على ما أمضاه الوكيل ، كره الموكل ، أم رضي . قال السائل : ان الوكيل قد أمضى الأمر قبل ان يعلم العزل ، أو يبلغه انه قد عُزل عن الوكالة، فهل الأمر على ما أمضاه ؟ قال الامام : نعم .

٦ – ان يعزل الوكيل نفسه ، علم الموكل ، أو لم يعلم .

٧ – ان يتصرف الموكل في محل الوكالة قبل ان يتصرف الوكيل .

٨ – ان يهلك الشيء الموكل به .

٩ – اذا وكله بشرط ان يكون عادلاً فظهر فاسقاً تبطل الوكالة

من الأساس ، واذا طرأ الفسق بعد العدالة والوكالة تزول الوكالة بمجرد حدوث الفسق .

طرق اثبات الوكالة :

تثبت الوكالة بالطرق التالية :

١ – اقرار الموكل .

٢ – الكتابة المفيدة للعلم ، ومنها الصك المنظم عنـــد كاتب العدل وغيره من الدوائر الرسمية .

٣ – شهادة عدلين .: ولا تثبت بشاهد وامرأتين،ولا بشاهد ويمين، لأن الوكالـــة من حيث هي ليست من الحقوق المالية .. أجل ، تثبت الاجرة على الوكالة بذلك ، لانها من الحقوق المالية .

وإذا اختلفت شهادة الشاهدين في الزمان والمكان ينظر : فـان شهدا بالاقرار ، لا بإنشاء الوكالة ، فقال احدهما : أقر زيد يوم الجمعة ان عمراً وكيله ، وقال الآخر : أقر بذلك أمامي يوم السبت قبلت الشهادة، لأن الاختلاف في زمان الاقرار ، أو مكانـــه لا يستدعي الاختلاف في صدور الوكالة .

وإذا شهدا بإنشاء الوكالة ، فقال احدهما : وكله يوم الجمعة، وقال الآخر : بل وكله يوم السبت تسقط الشهادة عن الاعتبار ، لعدم توافق قول الشاهدين على معنى واحد ، ويأتي التفصيل في باب الشهادات ان شاء الله .

ولا تثبت الوكالة بموافقة الطرف المقابل في المعاملة ، أو في الخصومة لان اقراره حجة على نفسه ، لا على الموكل .

مسائل :

١ - على الوكيل ان يسلم ما في يده من مال الموكل اليه عند طلبه، كما هو الشأن في كل من وضع يده على مال الغير بإذن ، أو من غير اذن .. واذا أخر لغير عذر ضمن ، حتى ولو تلفت العين بآفة سماوية .

٢ - اذا وكله في بيع شيء أو شرائه ، فترك الوكيل وأهمل يأثم فقط ، ولا يضمن، تماماً كما لو انكر الوكالة ، وهو كاذب في انكاره .

أجل ، لو كان اهمال الوكيل سبباً لهلاك الشيء الموكل به عند العرف يكون ضامناً ، كما لو كان لانسان محفظة وما اليها في عرض الطريق العامة ، ووكله في ايصالها الى البيت ، وبعد ان قبل ورضي بذلك تركها ومضى .

وإذا اشترى الشيء الذي وُكل بشرائه ، ووُجد سبب من أسباب الخيار فعليه ان يراعي مصلحة الموكل بكل دقة في الفسخ والامضاء ، فان اقتضت مصلحته الفسخ ، ولم يفسخ أثم ، ولا ضمان عليه ، تماماً كما لو وكله بالفسخ ولم يفسخ ، أو بالبيع ، ولم يبع . وان اقتضت مصلحة الموكل امضاء الشراء ففسخ فعليه الضمان ، لأنه قد أتى بفعل يضر بالموكل ، وهو في الوقت نفسه منهي عما اتى به .

٣ - إذا وكله ان يودع عيناً من أمواله عند شخص معين ، فقال الوكيل : أودعتها . وأنكر الشخص ذلك ، وحلف ، فهل يضمن الوكيل بالنظر الى اهماله بعدم الاشهاد على الايداع ؟

اتفقوا بشهادة صاحب الجواهر « على انه لا يضمن ضرورة عدم كون ذلك تفريطاً في نظر العرف خصوصاً في الوديعة المبنية على الخفاء » .

وإذا وكله بوفاء دينه ، فقال الوكيل : وفيت . وقال الدائن : كلا ، فهل يضمن الوكيل ، لتركه الاشهاد على الوفاء ؟

قال جماعة من الفقهاء : يضمن ، وقال آخرون ، منهم صاحب الجواهر ،

والسيد اليزدي في الملحقات ، والسيد الاصفهاني في الوسيلة ، قالوا : لا يضمن ، لعدم صدق التفريط ، ومع الشك في انه يضمن أو لا ؟ يحكّم أصل عدم الضمان ، هذا ، مع العلم بأنه لا يجب الاشهاد على الايداع ، ولا على الوفاء .

٤ ـ قال صاحب ملحقات العروة :

« لا يشترط في الوكيل العدالة ، ولا الاسلام ، فيجوز توكيل الفاسق .. وكذا يجوز توكيل الكافر ، حتى في تزويج المسلم .. بل يجوز توكيل المرتد بقسميه ـ أي الفطري والملي ـ لعدم كونه مسلوب العبارة ، ولا ينافيه وجوب قتل الفطري ـ ثم قال في مكان آخر من باب الوكالة ـ لا بأس للمالك أن يوكل غير الامين فيما يتعلق بمال نفسه، لا في مال غيره ، مثل مال القاصر والوقف ، ونحو ذلك ، لأنه مسلط على ماله ، لا على مال الغير » .

٥ ـ إذا اتفق الطرفان على اجرة الوكيل ، أو على عدمها تعين العمل بالاتفاق ، وإذا لم يتعرضا لها سلباً ولا ايجاباً فللوكيل اجرة المثل إذا لم ينو التبرع ، لأن من دعا غيره الى عمل ، ولم يشترط المجان ، ولم يكن العامل متبرعاً ـ فعلى من استوفى العمل اجرة المثل ، مع عدم التسمية .

التنازع :

١ ـ إذا اختلفا في اصل الوكالة وصدورها فالقول قول المنكر بيمينه، سواء أكان المنكر هو المالك ، أو غيره ، لأن الأصل عدم الوكالة ، حتى يثبت العكس .

٢ ـ اذا قال الوكيل : تلفت العين من غير تعدٍ ، أو تفريط ، فأنكر الأصيل التلف ، أو اعترف به : ولكن ادعى تعدي الوكيل ، أو تفريطه فالقول قول الوكيل ، لأنه أمين ، وما على الامين إلا اليمين .

٣ – ذهب المشهور بشهادة صاحب الشرائع والملحقات الى ان الوكيل إذا قال للموكل : ارجعت اليك المال الذي كان في يدي من أجل الوكالة ، وأنكر الموكل ذلك ينظر : فان كانت الوكالة بأجرة فالقول قول الموكل ، لأن الوكيل مدعٍ ، وقد قبض لمصلحة نفسه . وان كانت الوكالة بلا اجرة فالقول قول الوكيل ، لأنه محسن قبض لمصلحة الموكل .

وقال جماعة من الفقهاء القول قول الموكل اطلاقاً ، لأن كل من كان في يده مال لغيره فعليه ان يثبت ايصاله بالبينة الا ما خرج بالدليل، كالوديعة التي تقدم الكلام عنها[1] .

٤ – اذا وكل في شيء ، كالبيع أو الشراء ، وما اليها ، فقال الوكيل: بعت أو اشتريت كما نصت الوكالة، وأنكر الموكل البيع أو الشراء، وزعم ان الوكيل لم يفعل شيئاً مما وُكل به فالقول قول الوكيل ما دامت الوكالة قائمة ، لأن من ملك شيئاً ملك الاقرار به .

٥ – إذا ادعى الوكالة عن رجل في تزويج امرأة ، وأجرى العقد بمهر معين ، فأنكر الرجل التوكيل، ولا بينة تثبت الوكالة – كان القول قول المنكر بيمينه ، وللمرأة أن تتزوج بمن تشاء ، مع عدم علمها بصدق المدعي ، وعلى مدعي الوكالة ان يدفع لها نصف المهر ، فقد سئل الامام الصادق (ع) عن رجل قال لآخر : اخطب لي فلانة ، وما فعلت من شيء وقاولت من صداق وشرطت فذاك رضاي ولازم لي ، ولم يُشهد، فذهب وخطب ، وبذل عنه الصداق ، ثم أنكر الرجل ذلك كله ؟ قال الامام : « يغرم – أي مدعي الوكالة – نصف المهر » .

---

١ من طريف ما قرأت ، وأنا أتتبع مصادر هذه المسألة ان صاحب مفتاح الكرامة نقل كلاماً لصاحب الحدائق حول المسألة بالذات، وبعد ان رده صاحب المفتاح بما ردّه تمثل بهذا البيت :

وابن اللبون اذا ما لزّ في قرن   لم يستطع صولة البزل القناعيس

٦ ـ اذا اتفقا على أصل الوكالة ، واختلفا على محلها، فقال الوكيل: وكلتني ببيع البستان ، وقال المالك: بل ببيع الدار ـ حلف الموكل على نفي الوكالة ببيع البستان ، وتكون النتيجة نفي الوكالة عن البستان والدار معاً : عن البستان ، ليمين الموكل ، وعن الدار لانكار الوكيل .

٧ ـ ذهب المشهور بشهادة صاحب الحدائق الى ان الوكيل إذا ادعى الاذن من الموكل بالبيع بثمن معين ، أو الشراء له بثمن معين ، وأنكر الموكل ذلك القدر كان القول قول الموكل، لأنه اعرف بفعله ومقاصده، ولأن الاصل عدم صدور التوكيل على الوجه الذي يدعيه الوكيل . وبكلمة ان الاختلاف في صفة الوكالة يرجع في الحقيقة الى الاختلاف في أصل صدورها ، وانه هل وكله عـلى ثمن معين ، أو لا ؟ والأصل عدم صدور الوكالة على الثمن الذي ذكره الوكيل .

الاجارة

٦ ـ اذا اتفقا على أصل الوكالة ، واختلفا على محلها فقال الوكيل : وكلتني ببيع البستان ، وقال الأصيل : بل ببيع الدار ـ حلف الموكل على نفي الوكالة ببيع البستان ، وتكون النتيجة نفي الوكالة عن البستان والدار معاً : عن البستان ، ليمين الموكل ، وعن الدار لانكار الوكيل .

٧ ـ ذهب المشهور بشهادة صاحب الحدائق الى ان الوكيل إذا ادعى الاذن من الموكل بالبيع بثمن معين ، أو الشراء له بثمن معين ، وانكر الموكل ذلك القدر كان القول قول الموكل ، لأنه اعرف بفعله ومقاصده ، ولأن الأصل عدم صدور التوكيل على الوجه الذي يدعيه الوكيل ، وبكلمة ان الاختلاف في صفة الوكالة يرجع في الحقيقة الى الاختلاف في أصل صدورها ، وانه هل وكله على ثمن معين ، أو لا ؟ والأصل عدم صدور الوكالة على الثمن الذي ذكره الوكيل .

معناها :

الأجر والأجرة بمعنى واحد لغة وعرفاً ، كلاهما يعبران عن الجزاء والعوض عن قول أو فعل ، أو عن منفعة بيت ، أو حانوت أو دابة، أو سيارة ، أو ثوب وما إلى ذلك .

أما الاجارة فمعناها لغة الكِراء ، وقريب منه المعنى الشرعي ، حيث حدد الفقهاء الاجارة بأنها ما شرعت لتمليك منفعة معلومة بعوض معلوم. وبقيد المنفعة يخرج البيع ، لأنه تمليك العين ، وبقيد العوض تخرج الهبة والوصية لأنهما بغير عوض .

وتجدر الاشارة — هنا — إلى الفرق بين ملك المنفعة،وحق الانتفاع، فإن ملك المنفعة تختص بالمستأجر وحده ، ولا يشاركه فيها أحد ، أما حق الانتفاع فهو مجرد الترخيص بالتصرف لجهة معينة ، كالمرور في الأسواق والطرقات ، والجلوس في المساجد والحدائق العامة ، والسباحة في البحار والأنهار ، وما إلى ذلك مما خصص للمصالح والمنافع العامة .

مشروعية الاجارة :

مشروعية الاجارة . تماماً كمشروعية البيع والزواج لا تحتاج إلى

دليل ، لأنها من الضرورات التي ليست محلاً للاجتهاد والتقليد ، ومع ذلك نذكر بعض الآيات للتبرك والتيمن ، من ذلك الآيـة التي أحلت المتعة صراحة،وهي قوله تعالى : « فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن فريضة – ٢٤ » . ومنها آيـة الرضاع : « فإن أرضعن لكم فآتوهن اجورهن – الطلاق ٦ » . أما الآية ٣٢ من سورة الزخرف ، « ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضاً سخرياً » ، أما هذه الآية فقد جاء في تفسيرها ان معنى « سخرياً» ان يستسخر بعض الناس البعض الآخر لقاء أجر معين .

وثبت عن أهل البيت (ع) ان من الأفضل للانسان ان يمارس الأعمال الحرة ، كالتجارة ومـا اليه ، ولا يؤجر نفسه لغيره ، لأن الاجارة فيها تحديد للرزق . قال الامام الصادق (ع) : من أجر نفسه فقد حظر على نفسه الرزق ، وكيف لا يحظره ، وما أصابه فيه فهو لربه الذي أجره . أي مـا استفاده من ناتج عمله فقد أعطـاه لغيره . وفي رواية أخرى عن الامام الصادق (ع) انه قال : لا يؤاجر الانسان نفسه،ولكن يسترزق الله عز وجل ، ويتجر ، فإذا أجر نفسه فقد حظر – أي منع الرزق عن نفسه .

وليس من شك ان كراهية ايجـار الانسان نفسه تزول إذا اضطر لذلك ، ولم يجد وسيلة للرزق الا به ، فقد أجر الإمام امير المؤمنين (ع) نفسه ليهودي حين هاجر مع الرسول الى المدينة ، وأبى ان يكون عالة على غيره .

وللاجارة أركان وشروط نذكرها تحت هذا العنوان :

الشروط :

١ – العقد ، ويتحقق بكل مـا دل على الرضا من الجانبين قولاً وفعلاً ، ايجاباً وقبولاً .

وقال بعض الفقهاء : لا تنعقد الاجارة إلا بلفظ خاص ، لأنها من العقود اللازمة .. ويكفي في رد هذا القول انه زعم بلا دليل .

٢ ـ ان يكون كل من المؤجر والمستأجر بالغاً عاقلاً رشيداً ، غير محجر عليه لسفه أو فلس، لأن الصغير والمجنون والسفيه والمفلس ممنوعون من التصرفات الماليـــة بشتى أنواعها ، تماماً كما هو الشأن في البيع .. أجل .. ، يجوز للمفلس ان يؤجر نفسه ، لأنه ممنوع من التصرف في أمواله ، لا في نفسه .

٣ ـ ان تكون العين المستأجرة معلومة لدى الطرفين ، وكذا الجهة التي يستوفيها المستأجر ، كسكنى الدار ، وزراعة الأرض ، وان تكون المنفعة حلالاً ومملوكـــة للمؤجر ، وداخلة تحت قدرته وتصرفه ، وان تستوفى المنفعة مع بقاء العين .. فلا تصح اجارة المجهول عيناً أو منفعة لمكان الغرر ، ولا لغاية محرمة ، كاجارة البيت للدعارة او المقامرة ، ولا اجارة مال الغير إلا إذا جاز ، ولا اجارة ما لا يقدر المالك عـلى تسليمه ، كالمال المغصوب ، إلا اذا كان المستأجر أقوى من الغـاصب بحيث يستطيع انتزاعه منه ، ولا تصح اجارة الخبز والفاكهة ، وما اليهما مما لا ينتفع به إلا بهلاك عينه .

٤ ـ ان تكون العين المستأجرة قابلة للمنفعة التي استؤجرت من أجلها، فلو أجره أرضاً للزراعة دون ان تصلح لها ، لعدم امكان ايصال الماء اليها ، أو نحو ذلك ـ تبطل الاجارة ، لأنها أكل للمال بالباطل .

٥ ـ تصح اجارة حصة مشاعة من عين معينة، تماماً كما تصح اجارة المقسوم ، لإطلاق أدلة الاجارة الشاملة لهما معاً ، ومجرد الشركة لا توجب المنع ، ولا تقيد الادلة .

٦ ـ إذا استؤجر الطبيب لقـــلع ضرس مريض ، أو قطع اصبع متأكلة ، ثم زال المرض قبل القلع والقطع انفسخت الاجارة ، أما اذا

استؤجر على قطع ضرس صحيح ، أو قطع يـد سليمة فالاجارة باطلة من الاساس ، لمكان الضرر ، لأن العقل كما يحكم بقبح الظلم ، والكذب المضر يحكم ايضاً بقبح ايلام النفس وادخال الضرر عليها .

الأجارة عقد زمني :

الاجارة عقد زمني لا بد فيها من قياس المنفعة ، وتقديرها بالزمن، وحيث لم يرد النص في الحد الأقصى ولا الحد الأدنى في مـدة الاجارة فيترك التحديد قلة وكثرة لارادة المتعاقدين على شريطة ان تتسع المـدة للعمل ، وان تبقى العين بعد استثمار منفعتها . قال صاحب التذكرة : « يجوز ان يستأجر لحظة واحدة بشرط الضبط ، ومئة الف سنة – ثم فسر قوله هذا – بأنه يجوز اجارة العين مدة تبقى فيها ، وان كثرت بشرط الضبط ، وهو قول علمائنا أجمع » .

فمثل سكنى الدار ، وزراعة الأرض تقدر بالأيام والأشهر والسنين لأن الزمن جزء من المنفعة ، ولا قوام لها إلا به ، أما استئجار الدابة أو السيارة إلى بلد معين فيجب تعيين المكان والزمن الذي يباشر فيـه السفر ، وارجاع العين المستأجرة إلى صاحبها ، أما الاستئجار على خياطة البدلة أو صبغها،ونحو ذلك فيكفي ذكر الوقت الذي ينتهي فيه العمل ، وارجاع الثوب إلى مالكه دون ذكر الابتداء بالعمل على ما هو المعروف المألوف .. وإذا قال له : خط لي هذا الثوب ، ولم يذكر المدة حُمل على المتعارف بين الناس، فإن لم يكن عرف يعين المدة باسبوع أو أكثر أو أقل فيحمل على التعجيل ما أمكن .

الايجار كل شهر بكذا :

ما هو حكم الشرع في الايجار الشائع ، مثل اجرتك هذا البيت ، أو الحانوت كل شهر بكذا ، بحيث تكون المنفعة والأجرة وابتداء الاجارة كل ذلك معلوم ، ولم يجهل إلا انتهاء الاجارة فقط ؟

قال جماعة من الفقهاء ببطلان الاجارة ، حيث أوجبوا العلم بزمن الاجارة بداية ونهاية ، وقال آخرون : تصح الاجارة في الشهر الأول، وتبطل فيما بعده ، ويثبت على المستأجر اجرة المثل . وجاء في كتاب الجواهر باب الاجارة ، والجزء السابع من مفتاح الكرامة ص ١١٢ طبعة ١٣٣٦ هـ : « في كتاب الخلاف للشيخ ، والغنية لابن زهرة : اذا قال: اجرتك هذه الدار كل شهر بكذا كانت الاجارة صحيحة ، والمنع يحتاج الى دليل ، وان لم يعين آخر المدة . وعن ابن الجنيد انه قال : لا بأس ان يستأجر الدار كل شهر بكذا ، وكل يوم بكذا ، ولا يذكر نهاية الاجارة » .

ونحن على هذا الرأي ، ومن القائلين بالجواز ، لأن العقد تام في نظر العرف ، فيشمله : أوفوا بالعقود ، والمؤمنون عند شروطهم . ولا يستلزم ذلك أي محذور ، فان الاجرة معلومه ، وجهة المنفعة معلومة ، ومجرد الجهل بنهاية الاجارة لا يستلزم بطلانها ، فليس كل جهل موجب للبطلان أو مؤد للضرر . وقد رأينا العرف يتسامح في مثل ذلك ، ويكتفي بالعلم بجزء معلوم من الاجرة مقابل جزء معلوم من العمل .. مثل ان يقول المالك للعامل : انقل هذه الأكياس ، ولك كذا عن كل كيس ، أو هذه الاحجار ، ولك عن كل حجر درهم ، وما الى ذاك ، فان مثل هذا شائع ومعروف مع جهلهم بعدد الأكياس والأحجار،

ومجموع الاجرة عليها[1] .

ونقل صاحب الحدائق عن المحقق الاردبيلي وعن صاحب الكفاية الميل الى صحة الاجارة اذا قال : آجرتك كل شهر بكذا ، ثم قال صاحب الحدائق : وهو جيد .

سؤال ثانٍ : إذا قال له : أجرتك الدار ، والحانوت كل شهر بكذا فمتى تنتهي الاجارة ؟ وفي أي وقت يجوز للمالك ، أو للمستأجر أن يفسخ الايجار، وينهي مدته ؟ مع العلم بأن الاجارة من العقود اللازمة التي لا تفسخ قبل انتهاء مدتها إلا بارادة المتعاقدين ؟

الجواب : نقل صاحب الجواهر ، وصاحب مفتاح الكرامة عن السيد ابن زهرة انه أجاب عن ذلك بأن أجرة الشهر تستحق بالدخول فيه ، ولا يجوز للمستأجر ولا للمؤجر الفسخ حتى ينقضي الشهر ، فإذا انقضى الشهر جاز الفسخ .. ومهما يكن ، فإن الذين قالوا يبطلان الاجارة إذا لم يعين نهايتها قالوا جميعاً : ان ذلك يصح إذا قصد الجعالة، أو الاباحة بعوض ، حيث يتحملان من الجهالة ما لا تتحمله الاجارة ، وسنذكر في الفصل الآتي الفرق بين الاجارة والجعالة عند الفقهاء ، وان المستأجر يملك المنفعة في الاجارة ، وعليه أن يدفع عوضها على كل حال ، حتى ولو لم يستوفها ، أما الجعالة ، فإن العوض لا يدفع إلا مع الاستيفاء .

الاجارة والقانون :

من المعلوم ان قانون الحكومات في هذا العصر يمنع المالك من اخراج المستأجر من ملكه بعد انتهاء أمد الاجارة المتفق عليها بين المؤجر والمستأجر

---

١ وربما يجاب عن هذا ، وأمثاله بأنه من باب الجعالة لا الاجارة .. والذي نعتقده ان العرف لا يفرقون بين الجعالة والاجارة ، ويأتي الكلام عن الجعالة مفصلا في الفصل التالي ان شاء الله .

وأيضاً يمنعه من زيادة الأجرة .. بل ان قانون الايجار كثيراً ما يُعدّل، ويفرض نقصان الأجرة على المؤجر رغم الاتفاق بينه وبين المستأجر على المبلغ المعين .. فهل يجوز للمستأجر العمل بقانون الحكومة،وان لم يرض المالك ؟

ثم ما هو حكم المال الذي يأخذه مستأجر الدكان من المستأجر الثاني، والمعروف عندنا في لبنان باسم الخلوّ ، وفي العراق باسم « سر القفلية » : هل هو حلال أو حرام ؟

ولا بد في الجواب من التفصيل بين جهل المالك بالقانون حين الإيجار، وبين علمه بـه ، فان أجّر الدار – مثلاً – قبل ان تصدر الحكومة قانون الايجار ، أو بعده ، ولكنه كان جاهلاً به حين أوقع الاجارة مع المستأجر ، ان كان كذلك فـان الايجار ينتهي بانتهاء أمده ، ولا يحل للمستأجر العمل بقانون الحكومة،بل يكون حكمه حكم الغاصب اذا سكن وتصرف من غير اذن المالك .

وان أجر المالك مع علمه بقانون الايجار ، وانه لا يحق له ان يخرج المستأجر ، حتى ولو انتهت المدة المضروبة بينه وبين المستأجر ، ويعلـم أيضاً انه لا يستطيع زيادة الاجرة مهما ارتفع سعر الايجار ، وان عليه ان يتقبل كل ما تفرضه الحكومة ، ان كان الامر كذلك يكون الايجار صحيحاً على شرط الحكومة ، لأنه قد اقدم عليه بارادته واختيـاره ، ويكون ذلك شرطـاً ضمنياً ، أو بمنزلته ، تماماً كما لو قال المستأجر للمؤجر :استأجرت منك الدار على شرط الحكومة ، وعلى النص الموجود في قانون الايجار ، وقبل المؤجر بذلك .. واي مانع في ان يقول المالك للمستأجر : اجرتك الدار كل سنة بكذا مدة حياتك ، كما يقول له : اسكنتك اياها مـدة حياتك ، حيث اجمع الفقهاء على صحة ذلك كما يأتي في باب السكنى والعمرى .. بل ، يصح ان يقول لـه : آجرتك اياها كل سنة بكذا عـلى ان يكون انتهاء الايجار بيدك ، ما دام كل

من المنفعة والاجرة،وابتداء الايجار معلوماً ، ومجرد الجهل بنهاية الاجرة لا يستدعي بطلان الاجارة، كما سبق في فقرة « الايجار كل شهر بكذا » ..
أجل ، إذا قال المؤجر للمستأجر : لست أرضى بقانون الحكومة بحال ، وانما اجري معك الايجار عـلى ما يجري بيننا من الاتفاق ، بحيث إذا انتهت المدة المعينة للايجار فعليك تسليم العين المستأجرة ، إذا كان الأمر كذلك وجب على المستأجر التقيد بالاتفاق ، ولا يجوز له الأخذ والعمل بقانون الحكومة .

ومثل ذلك تماماً حكم الخلو الذي يأخذه مستأجر الدكان من المستأجر الثاني ، فإن أجر المالك ، وهو على علم بذلك جاز الايجار للثاني وأخذ الخلو منه ، لأن اقدامه على ذلك مـع علمه بمنزلة الشرط الضمني ..
هذا ، إلى انه قد جرت العادة في هذه الأيام ان يأخذ صاحب الدكان خلواً من المستأجر الأول غير الأجرة المتفق عليها لقاء الخلو الذي يأخذه المستأجر الأول من الثاني ; وجاء عن الإمام رواية تشير إلى جواز أخذ الخلو ، فقد سئل عن الرجل يرشو الرشوة عـلى ان يتحول عن منزله فيسكنه ؟ قال : لا بأس به .

وعلى جميع الأحوال لا يجوز ان يؤجر المستأجر غيره بخلو أو غير خلو ، إذا انتهت مدة اجارته،وكان المالك جاهلاً بالقانون عند الايجار أو كان عالماً ، ولكنه اشترط على المستأجر ان لا يؤجر غيره .. وبكلمة إذا ذكر الشرط صراحة في متن العقد يجب العمل به ، ولا ينظر إلى غيره اطلاقاً ، حتى ولو كان المالك عالماً بقانون الايجار ، ومـع عدم الشرط ينظر : فإن كان المالك عالماً بقانون الايجار . وأجر ، وهو على يقين بأنه سيطبق عليه ألزم به ، وان كان جاهلاً بالقانون حين الايجار فعلى المستأجر ان لا يتصرف الا باذن المالك وموافقته ، ولا يطبق عليه قانون الايجار بحال .

المرأة الموظفة :

ذكر السيد اليزدي في العروة الوثقى ، والسيد الحكيم في المستمسك ان المرأة إذا أجرت نفسها للخدمة مدة معينة ، ثم تزوجت قبل انقضاء المدة لم تبطل الاجارة ، حتى ولو كانت الخدمة منافية لاستمتاع الزوج وحقوقه الزوجية ، ولا فرق في ذلك بين ان يكون الزوج عالماً بالايجار حين الزواج أو جاهلاً .. والسبب لذلك انه قد وجد حقان : حق الخدمة ، وحق الزوج ، فإن تمكنت الزوجة من القيام بهما معاً فذاك ، وان تزاحم الحقان ، بحيث لا يمكن الجمع بينهما قدم الحق الأسبق ، وهو هنا الخدمة،لأنه إذا تزاحمت الحقوق الشرعية يكون الترجيح للسابق.. وعليه فليس للزوج ان يعترض أو يفسخ الاجارة ، أو يعتبر الزوجة ناشزة .. أجل ، إذا أجرت نفسها بعد التزويج ينظر : فإن كانت الاجارة تزاحم حق الزوج فلا تصح إلا باذنه واجازته ، وإذا كانت الاجارة على شيء لا يتنافى مع حق الزوج اطلاقاً، كما لو أجرت نفسها لقراءة القرآن ، أو لحياكة ثوب بالسنارة أو الغزل باليد – مثلاً – تصح الاجارة ، حتى ولو لم يأذن الزوج .

هذا ما وجدته من أقوال الفقهاء فيما يعود إلى ايجار المرأة نفسها للخدمة،ولم أرَ أحداً من الفقهاء تعرض لتوظيفها في الوظائف الحكومية، والشركات التي انتشرت ، وكثرت في هذا العصر .. لم يتعرض الفقهاء لها ، لأن توظيف المرأة لم يكن معروفاً في عهدهم .

والذي نراه ان من تزوج امرأة موظفة ، وكان على علم بذلك حين الزواج فليس له ان يطالبها بترك الوظيفة،حتى ولو كانت مزاحمة لحقه ، واذا طالبها بذلك فلا تجب اجابته ، ولا تسقط نفقتها عنه ، لأنه أقدم مع العلم ، وهذا الاقدام شرط ضمني أو في حكمه على ان تبقى في وظيفتها ، بخاصة ان أكثر شباب اليوم يتزوجون الموظفات طمعاً في

رواتبهن ، فإذا حصل بينهما شيء من النزاع طالبها بترك الوظيفة بقصد النكاية والتنكيل .

وان تزوجها جاهلاً بأنها موظفة يُنظر : فإن كان قد اشترط في ضمن العقد ان تكون غير موظفة أمرها بترك الوظيفة،فإن امتنعت كان له الحق في فسخ الزواج ، لتخلف الشرط . وان لم يشترط ، وكانت الوظيفة مزاحمة لحقه ، وأمرها بالترك فعليها الطاعة والامتثال ، وان أبت فهي ناشز ، تسقط نفقتها ، وكفى . وليس له ان يفسخ ، لأن للزواج أحكاماً وخصائص تخالف غيره من العقود ، بخاصة فيما يعود الى الفسخ والاقالة .

وتسأل : لماذا اعتبرت الموظفة ناشزاً إذا أمرها الزوج بترك الوظيفة، مع جهله بأنها كانت موظفة حين العقد ، ولم تعتبر المرأة التي أجرت نفسها قبل الزواج للخدمة ناشزاً اذا أمرها الزوج بترك الخدمة ؟

الجواب : ان المرأة التي أجرت نفسها للخدمة قبل الزواج ملزمة شرعاً بالتأدية واتمام الخدمة على وجهها بموجب عقد الايجار ، ولا يجوز لها العدول إلا برضا المستأجر — بخلاف الموظفة،فانها غير ملزمة بمتابعة الوظيفة .. بل يجوز لها ان تتركها شرعاً متى شاءت ، فقياس الموظفة على من أجرت نفسها للخدمة قياس مع وجود الفارق .

لزوم الاجارة :

إذا توافرت الشروط في الاجارة لزمت،ولا يجوز للمؤجر أو المستأجر الفسخ والعدول إلا برضا الآخر ، أو كان له الخيار في الفسخ اجماعاً ونصاً ، ومنه قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » .

وسئل الامام الكاظم ابن الامام الصادق (ع) عن الرجل يكتري من

الرجل البيت أو السفينة سنة أو أقل ، أو اكثر ؟ قال : كراه لازم الى الوقت الذي اكتراه .

بطلان الاجارة :

قد تقع الاجارة باطلة منذ البداية ، وقد تقع صحيحه ثم يطرأ عليها البطلان لأحد الاسباب قبل انتهاء أمدها .. وأشرنا فيما سبق الى ان الاجارة تقع باطلة اذا كانت الاجرة مجهولة ، والمنفعة مجهولة او محرمة، واجمع كلمة لموارد الاجارة الباطلة قول الامام الصادق (ع) :

« أما وجوه الحرام من وجوه الاجارة فنظير أن يؤجر الانسان على حمل ما يحرم عليه اكله ، أو شربه ، أو يؤاجر نفسه في صنعة ذلك الشيء ، أو حفظه ، أو لبسه ، أو يؤاجر نفسه في هدم مسجد ضراراً، وقتل النفس بغير حل ، أو عمل التصاوير - أي التماثيل المحرمة من ذوات الأرواح - والأصنام والمزامير والبرابط والخمر ، والخنازير والميتة ، أو شيء من وجوه الفساد الذي كان محرماً عليه من غير جهة الاجارة فيه ، وكل أمر ينهى عنه من جهة من الجهات فحرم على الانسان اجارة نفسه فيه ، أو له ، أو شيء منه أو له إلا لمنفعة من استأجرته ، كالذي يستأجر الاجير يحمل له الميتة ينحيها عن أذاه ، أو اذى غيره ، وما أشبه ذلك » .

وتبطل الاجارة بعد صحتها ، وقبل انتهاء أمدها للاسباب التالية :

١ - اذا هلكت العين المستأجرة ، وتعذر استيفاء المنفعة المطلوبة منها، كالدار تستأجر للسكن فتنهدم،والأرض للزراعة فتغرق ، لانتفاء الموضوع إلا اذا أسرع المؤجر الى اعادة العين المستأجرة الى ما كانت ، بحيث لا يفوت شيء من المنفعة على المستأجر .. واذا استوفى بعض المنفعة ، ثم هلكت العين صحت الاجارة فيما استوفاه ، وبطلت فيما بقي ، وتوزع

الأجرة بالنسبة .

وإذا استأجر أرضاً للزرع ،فهلك الزرع بآفة سماوية فلا تبطل الاجارة، ولا يحق للمستأجر الرجوع على المؤجر بشيء ، لأن الهلاك لحق بمال المستأجر لا بالعين المستأجرة ، بل هي على ما كانت لم يطرأ عليها شيء يوجب البطلان أو خيار الفسخ ، فقد جاء في كتاب مفتاح الكرامة : « لو انفق هلاك الزرع في الأرض المستأجرة للزراعة بحريق أو سيل أو جراد أو شدة حر أو برد ، أو كثرة مطر أو مسيل سيل، بحيث حصل الغرق للزرع دون الأرض لم يكن للمستأجر الفسخ ، ولا حط شيء من الأجرة ، لأن الجائحة لحقت مال المستأجر ، لا منفعة الأرض » أي ان الأرض بقيت على أهليتها للمنفعة .

٢ - اذا استأجر سيارة ، أو دابة معينة لنقل المتاع من بلد لآخر فهلكت الدابة ، أو خربت السيارة انفسخت الاجارة ، لانتفاء المحل ، اما اذا استأجرها لنقل المتاع في الذمة ، اي على أية سيارة او دابة تكون ، ثم حمل الأجير المتاع على دابته او سيارته فهلكت قبل الوفاء فان الاجارة تبقى على ما هي ، وعلى الأجير ان ينقل المتاع على دابة او سيارة اخرى ، والفرق بين الصورتين ان الهلاك في الأولى لحق العين المستأجرة بالذات ، وفي الثانية تعلق الهلاك بالفرد الذي أراد الأجير ان يفي بالاجارة بواسطته ، قال صاحب الجواهر . « إذا وقعت الاجارة على عين مشخصة تبطل الاجارة ، أما اذا كانت كلية ، وقد دفع المؤجر فرداً ، فتلف عند المستأجر فلا تنفسخ الاجارة ، بل ينفسخ الوفاء ، ويستحق عليه فرد آخر » .

٣ - سبق انه اذا استأجره لقلع ضرس ، فزال الألم قبل المباشرة بالقلع انفسخت الاجارة لانعدام الموضوع .. وكذا اذا استأجر امرأة اكنس المسجد فحاضت ، حيث يحرم عليها الدخول اليه،والمانع الشرعي

تماماً كالمانع العقلي .

٤ - اذا استأجر دابة ، او سيارة ، لتوصله الى بلد معين ، ثم مرض المستأجر ، ولم يقدر على الركوب بطلت الاجارة ، لتعذر استيفاء المنفعة التي استأجر العين من أجلها ، ومجرد قابلية العين للمنفعة في نفسها غير كاف في صحة الاجارة ، كما قال السيد الحكيم في المستمسك .

وبالأولى ان تبطل الاجارة إذا كان العذر عاماً ، مثل ان يستأجر السيارة للسفر إلى بلد فيعم الثلج وتسد الطريق ، أو يستأجر داراً في بلد فتتوالى عليه الغارات ، ويرحل أهله من الخوف ، وما إلى ذاك مما هو أشبه بتلف العين التي يتعذر استيفاء منفعتها .

٥ - اختلف الفقهاء في ان موت المؤجر أو المستأجر : هل يبطل الاجارة او لا ؟ قال صاحب الجواهر : « المشهور بين الفقهاء المتأخرين انها لا تبطل بموت احدهما .. لعموم أوفوا بالعقود والاستصحاب ، وكون الاجارة من العقود اللازمة التي من شأنها عدم البطلان بالموت » .

وهذا هو الحق ، لأن موت احد المتعاقدين لا يبطل العقد ، وانما ينقل آثاره المترتبة عليه الى الورثة .. أجل ، إذا استأجره بالذات ، كما اذا اشترط عليه ان يبني له بيتاً معيناً بيده فان الاجارة تبطل بموت الاجير ، لانتفاء المحل وانعدامه ، وكذا تبطل الاجارة بموت المستأجر إذا كان الأجير قد شرط ان يعمل له لا لغيره ، أما إذا استأجره على ان يبني له بيتاً كلياً وفي الذمة فلا تبطل الاجارة ، وعلى الورثة أو الوصي ان يستأجر على البناء واتمامه .

٦ - إذا باع المؤجر العين المستأجرة فلا تبطل الاجارة بالبيع ، بل تنتقل العين الى المشتري مسلوبة المنفعة الى انتهاء امد الاجارة .. واذا كان المشتري عالماً بالاجارة حين الشراء فلا خيار ، وان كان جاهلاً فهو بالخيار بين فسخ البيع ، وبين امضائه بلا منفعة مدة الاجارة .

وكل موضع تبطل فيه الاجارة تجب اجرة المثل عوضاً عما استوفاه من المنفعـة ، لأن البطلان يستدعي رجوع كل شيء الى ما كان ، فالمؤجر يُرجع الأجرة المسماة الى المستأجر ، وهذا بدوره يدفع للمؤجر بدل ما استوفاه من ملكه بحسب ما يقدره العرف ، سواء ازاد على المسمى ، أو نقص عنه . قال صاحب الجواهر :

« كل موضع يبطل فيه عقد الاجارة تجب فيه اجرة المثل مع استيفاء المنفعة أو بعضها ، سواء زادت عن المسمى أو نقصت عنه بلا خلاف أجده فيه في شيء من ذلك، بل قد يظهر من ارسال الفقهاء ذلك ارسال المسلمات انه من القطعيات مضافاً الى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده الشاملة للمقام ، والى قاعدة احترام مال المسلم، وقاعدة من أتلف مال غيره ، وقاعدة على اليد ، ولا ضرر ، ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، ونحو ذلك مما يقضي بذلك ، ضرورة انه مع بطلان العقد يبقى كل من العوضين على ملك صاحبه ، فيجب على كل منهما رده بعينه اذا كان موجوداً ، ورد بدله من المثل أو القيمة ان كان تالفاً ، لفساد الالتزام بالمسمى بفساد العقد » .

وقال جماعة من الفقهاء : ان هذا يتم مع جهل المتعاقدين ببطلان عقد الاجارة ، أما مع علمهما بالبطلان فلا يحق لأحدهما الرجوع على الآخر لا بأجرة المثل لما استوفاه من المنفعة، ولا بما دفعه بعنوان الأجرة المسماة، لأنه هو الذي أقدم على هدر ماله ، فكان متبرعاً أو كالمتبرع بدفعه المال لمن يعلم بأنه غير مستحق له .

ونحن على رأي صاحب الجواهر الذي رد على هؤلاء « بأن الشرع نهى عن تناول الحرام ، ومنه أخذ المال بالاجارة الفاسدة ، فتكون اليد عليه عادية ظالمة ، تماماً كأخذ العوض عن المحرمات .. هذا ، الى ان التبرع ليس في قباله شيء .. أما الذي يدفع بعنوان معاملة فاسدة مشتملة على الايجاب والقبول فليس دفعُ مالِه من التبرع في شيء .. ثم قال

صاحب الجواهر : فمن الغريب بعد ذلك كله دعوى صيرورة القرض ، وهو الاقدام على العقد الفاسد ، كالهبة والعارية والتبرع لأن مفروض الكلام ان يعامل المدفوع بالمعاملة الفاسدة معاملة الصحيحة دون أدنى فرق وعليه فلا وجه للهبة والتبرع » .

فسخ الاجارة بالخيار :

الفرق بين بطلان الاجارة ، وبين فسخها بأحد الأسباب ان معنى البطلان انعدام العقد ، وعدم وجوده من رأس، أما الفسخ فالعقد موجود ولكن أمر رفعه ووضعه بيد صاحب الخيار ، ان شاء أمضاه، وان شاء فسخه .

وصرح جماعة من الفقهاء ان خيار المجلس والحيوان والتأخير لا يجري شيء منها في الاجارة ، لأن أدلة هذه الخيارات الثلاثة مختصة بالبيع فلا تشمل غيرها ، وذكرنا ما يتعلق بذلك مفصلاً في الجزء الثالث عند الكلام عن كل واحد من هذه الخيارات الثلاثة .. وفيما يلي نشير الى الخيارات الأخرى التي تجري في الاجارة :

١ - خيار العيب ، فإذا وجد المستأجر عيباً في العين المستأجرة تتفاوت به الأجرة ، ولم يكن على علم به حين الايجار فهو بالخيار بين الفسخ ، وبين الامضاء والرضا من غير نقصان شيء من الأجرة ، وهو المعروف بالأرش ، لأن أخذ العوض عن العيوب على خلاف القاعدة ، وقد ورد النص بجواز أخذه اذا وجد العيب في المبيع فيجب الاقتصار على مورده ، والمسوغ لهذا الخيار هو رفع الضرر عن المستأجر . قال صاحب الجواهر : « ذكر الفقهاء ان العقد انما جرى على هذا المجموع ، وهو باقٍ ، فاما ان يفسخ ، واما ان يرضى بالجميع

– بلا ارش – وانما اثبتنا الارش في البيع لوجود النص ، ولا تقاس عليه الاجارة ، أما الضرر الناشيء من العيب فيندفع بالخيار ، وهذا هو المعتاد في جبر الضرر الذي سببه لزوم العقد » .

وكذا يستقل المستأجر بالخيار إذا حدث العيب ، أو اكتشفه بعد ان استوفى بعض المنفعة ، لأن الخيار الناشيء عن الضرر لا يسقط بالتصرف مع الجهل بالضرر .. هذا ، إذا لم يسرع المالك فيتدارك العيب الحادث ويزيله بسرعة ، بحيث لا يفوّت شيئاً من المنفعة على المستأجر .. وإذا اختار الفسخ وزعت الاجرة بالنسبة .

وأيضاً يثبت خيار العيب للمؤجر إذا كانت الاجرة عيناً شخصية ، اما إذا كانت الاجرة كلية في الذمة ، ولدى الوفاء سلمه المستأجر الفرد المعيب فللمؤجر المطالبة بالبدل ، ولا حق له في الفسخ . وكذلك الحكم بالنسبة الى العين المستأجرة ، فاذا استأجر دابة غير معينة توصله الى بلد خاص ، وأتى المؤجر بدابة عرجاء – مثلاً – فله المطالبة بابدالها ، وليس له الفسخ إلا اذا وردت الاجارة على الدابة الشخصية بالذات .

٢ – خيار الشرط ، يجوز لكل من المؤجر والمستأجر ان يشترط الخيار لنفسه ، ولاجنبي في فسخ عقد الاجارة ضمن مدة معينة ، سواء أوردت الاجارة على العمل كخياطة الثوب ، أو على المنفعة كسكنى الدار . وسواء أتعلق الايجار بشخص معين بالذات ، أو بحصول العمل مطلقاً مجرداً عن مباشرة شخص بعينه ، كالاستئجار على بناء حائط دون أن تُحصر المباشرة بفرد خاص .

٣ – خيار تخلف الشرط ، مثل ان يستأجر الدار ، ويشترط على المؤجر بعض الاصلاحات ، فاذا امتنع عن الوفاء بالشرط كان للمستأجر الخيار بين فسخ الاجارة ، أو امضائها بـلا نقص شي من الأجرة ، وكذا اذا اشترط المؤجر على المستأجر شرطاً سائغاً مثل ان لا يسكن معه

عائلة أخرى ، أو لا يستعملـه للتجارة ، وما إلى ذاك ، فان لم يف المستأجر بالشرط كان المؤجر بالخيـار بين فسخ الاجارة ، أو امضائها دون زيادة في الاجرة .

٤ ــ خيار تبعض الصفقة ، مثل ان يستأجر داراً من غرفتين فتنهدم احداهما ، فان بادر المؤجر الى التعمير واعادة كل شيء إلى ما كان ، بحيث لم يفت شيء من المنفعة على المستأجر فلا خيار ، وإلا كان المستأجر بالخيار بين فسخ الاجارة ، أو امضائها ، وتوزيع الاجرة بالنسبة .

٥ ــ خيار الغبن ، فانه يثبت للمغبون مؤجراً كان أو مستأجراً ، إلا اذا اتفقا على سقوطه .

٦ ــ خيار الرؤية ، مثل ان يستأجر داراً ، أو أرضاً على الوصف ولدى التسليم والتسلم يجد المستأجر ان الوصف يختلف عن الموصوف فيثبت له الخيار ، ان شاء فسخ الاجارة ، وان شاء أمضاها دون عوض عن الوصف الفائت ، وايضاً يثبت هـذا الخيار للمؤجر إذا كانت الاجرة عيناً خارجية رضي بها المؤجر اعتماداً على الوصف ، ثم تبين العكس ، ودليل هذا الخيار قاعدة لا ضرر .

٧ ــ خيار الفلس ، يجوز للمؤجر أن يفسخ الايجار دفعاً للضرر إذا أفلس المستأجر ، وعجز عن الدفع ، وله ابقـاء الاجارة ، والانتظار الى ميسرة .

٨ ــ خيار تعذر التسليم ، فان على المؤجر أن يسلم العين المستأجرة بعد عقد الاجارة ، ولا يجوز له التأخير بحال إذا كان المستأجر باذلاً للاجرة ، فـان امتنع المؤجر عن التسليم ، ولم يمكن اجباره عليه كان المستأجر بالخيار بين فسخ الاجارة ، والرجوع بالاجرة دفعاً للضرر ، وبين ان يبقى على الاجارة ، ويطالب المؤجر بعوض المنفعة وبدلها .

وقد تكلمنا مفصلاً عن هذه الخيارات في الجزء الثالث .. وبالايجاز

ان كل خيار يجري في البيع ، لقاعدة لا ضرر فإنه يجري في الاجارة أيضاً،وكل خيار يجري في البيع لنص خاص به كخيار المجلس والحيوان فلا يجري في الاجارة .. وهناك خيارات أخرى غير التي ذكرناها قد تجري في الاجارة ، قال صاحب الجواهر : « ربما يمر عليك في أثناء المباحث خيار لا يندرج في الخيارات المذكورة ، ولا بأس به بعد قيام الدليل عليه لعدم الحصر العقلي ، ولا الشرعي في الخيارات المذكورة ، كما هو واضح » .

من هذه الخيارات ما إذا غصب العين المستأجرة غاصب قبل ان يقبضها المستأجر ، حيث يثبت له الخيار بين فسخ الاجارة والرجوع على المؤجر بما دفعه له ، وبين امضائها ومطالبة الغاصب بعوض المنفعة .. أما إذا حصل الغصب بعد ان قبض المستأجر العين فيتعين رجوع المستأجر على الغاصب وحده بالعوض ، وليس له مطالبة المؤجر بشيء ، حتى ولو كان قادراً على انتزاع العين وتخليصها من الغاصب ، لأن المفروض ان المؤجر قد أدى ما أوجبه عليه عقد الايجار من التسليم والاقباض ، فيكون تماماً كما لو باع عيناً ، وبعد ان سلمها للمشتري سرقت منه . أجل ، لو كان ذلك قبل القبض كان من مال البائع ، لحديث « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع» وألحق الفقهاء الاجارة بالبيع في هذا الحكم .

و « منها » إذا كانت الأجرة عيناً مشخصة بذاتها ، وقبل قبضها امتزجت أو اشتبهت بغيرها بحيث لا يمكن افرازها وتعيينها ، مثل ان يؤجر الدار بهذا الكيس الخاص من الحنطة ، وقبل قبضه يختلط بأكياس أخرى من الحنطة مثله تماماً ، فيصبح صاحب هذا الكيس المشتبه شريكاً مع مالك الأكياس بالنسبة ، كما أوضحنا ذلك في الجزء الرابع باب الشركة ، إذا كان الأمر كذلك يثبت الخيار للمؤجر بين فسخ الاجارة أو امضائها ، وإذا اختار الامضاء يكون المؤجر شريكاً مع غيره .. وقد

عبر صاحب الجواهر وصاحب العروة الوثقى عن هذا الخيار بخيار الشركة.

وإذا حصل الفسخ بأحد الأسباب قبل استلام العين ، واستيفاء شيء من المنفعة فلا شيء على المستأجر ، وان حصل في اثناء المدة تُوزّع الأجرة المسماة بالنسبة إلى ما مضى ، وما بقي ، فأجرة ما مضى إلى المؤجر ، وما بقي ترجع إلى المستأجر ، ان كان قد دفعها .

احكام الاجارة

تأجير العين المستأجرة :

إذا تم عقد الاجارة ملك المؤجر الاجرة ، وملك المستأجر المنفعة في اجارة الأعيان كاستئجار الدار للسكنى ، وملك العمل في اجارة الأعمال كالاستئجار للخياطة قال صاحب الجواهر : « تُملك المنفعة بنفس العقد كما تملك الاجرة به بلا خلاف ، بل الاجماع على ذلك ، لأن هذا هو مقتضى العقد ، والمراد من انشائه ، بل هو مقتضى مـا دل على ان العقد سبب للملك » .

وإذا كانت المنفعة ملكاً للمستأجر فله ان يتصرف بها بالتنازل عنها لمن يشاء بغير عوض ، أو بعوض مساوٍ ، أو أقـل ، أو أكثر من العوض الذي دفعه للمؤجر إلا ان يشترط هذا على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ، ويربط الاجارة بشخص المستأجر بالذات ، فيجب حينئذ الوفاء بالشرط ولا يجوز للمستأجر أن يهب ، أو يؤجر للغير اجماعاً ، لأن المؤمنين عند شروطهم .. هذا ما تقتضيه القواعد العامة ، وخرجت بعض الموارد عن هذه القاعدة ، لوجود النص ، ومنها :

١ ـ الاجارة ترد تارة على العمل ، كخياطة الثوب ، وما اليه ،

وأخرى على منفعة الأعيان كسكنى الدار ، وزراعة الأرض ، ونحوها ، فاذا وردت على العمل جاز لمن التزم العمل وتقبله من الغير بأجر معلوم، ولم يشترط عليه المالك المباشرة بنفسه – جاز تقبيله وتلزيمه الى الغير بما يساوي الاجرة ، وبأكثر منها مطلقاً ، سواء أحدث في المستأجر عليه حدثاً أو لا ، وعلى هذا اجماع الفقهاء .. ولا يجوز تقبيله وتلزيمه من الغير بأقل من الاجرة الاولى إلا ان يأتي الملتزم الأول بعمل ، ويحدث شيئاً كتفصيل الثوب ، وما اليه . وبكلمة ان الملتزم الأول يجوز له تلزيم العمل الى غيره بلا ربح ، أو بخسارة ، ولا يجوز له ان يربح إلا إذا عمل عملاً في الشيء المستأجر عليه قبل التقبيل والتلزيم – مثلاً – إذا استأجر زيد عمرا ليخيط له ثوباً أو يبني له بيتاً بعشرة ، ولم يشترط عليه ان يباشر العمل بنفسه ، فيجوز لعمرو ان يستأجر على خياطة الثوب ، أو بناء البيت بعشرة أو بأكثر ، وان لم يأت بأي عمل ، ولا يجوز ان يستأجر عليه بتسعة إلا إذا فصّل الثوب ، أو حفر أساس البيت، وما إلى ذلك .

قال صاحب المسالك : « هذا قول أكثر الفقهاء » .. وقال صاحب الحدائق : « هذا هو المشهور في كلام المتقدمين » .. وفيه روايات كثيرة عن أهل البيت (ع) ، منها ان الامام (ع) سئل عن رجل يتقبل عملاً فلا يعمل فيه ، ويدفعه الى آخر يربح فيه ، قال : لا . وأيضاً سئل عن رجل يتقبل الثوب بدرهم ، ويسلمه بأقل من ذلك بعد ان يشقه ؟ قال : لا بأس بذلك .. ثم كرر قوله : لا بأس فيما تقبلت من عمل استفضلت فيه . أي عملت فيه ، وتركت منه بقية .

وقال جماعة من الفقهاء : يجوز ان يستأجر الأجير غيره على العمل الذي استؤجر بأكثر من الاجرة ، حتى ولو لم يعمل أي عمل ، وحملوا الروايات الدالة على المنع ، حملوها على الكراهة . قال الشهيد الثاني في شرح اللمعة : « وما ورد من الروايات دالاً على النهي عن الزيادة يحمل

على الكراهة جمعاً بينها وبين ما دل على الجواز » .

٢ - أما إذا وردت الإجارة على المنفعة كاستئجار البيت للسكن ، والحانوت للتجارة فذهب جماعة من الفقهاء إلى ان المستأجر لا يجوز له ان يؤجرهما إلا ان يصلح فيها شيئاً ، من تبييض أو دهان ، وما إلى ذلك ، واستدلوا عليه بأن الإمام الصادق (ع) سئل عن الرجل يتقبل الأرض من الدهاقين ، فيؤاجرها بأكثر مما يتقبلها ، ويقوم فيها بحظ السلطان ؟ قال الامام (ع) : لا بأس به ، ان الأرض ليست مثل الأجير ، ولا مثل البيت ، ان فضل البيت والأجير حرام .

وأيضاً سئل عن الرجل يستأجر الأرض ، ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها ؟ فقال الامام (ع) : لا بأس ، ان هذا ليس كالحانوت ، ولا الأجير ، ان فضل الأجير والبيت حرام .

وقال صاحب الجواهر : « أما جواز أخذ الزيادة إذا أحدث حدثاً فيها ، فلأن مقتضى الأصل هو الجواز ، وللاجماع ، ولصحيح الحلبي عن الامام الصادق (ع) في رجل يستأجر الدار ، ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها ؟ قال : لا يصلح ذلك إلا ان يحدث فيها شيئاً .. وصحيح آخر للحلبي عن الامام (ع) انه قال : لو ان رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم فسكن ثلثيها ، واجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس ، ولا يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به إلا ان يحدث فيها شيئاً » .

٣ - يجوز ان يؤجر الأرض بأكثر مما استأجرها ، سواء أصلح فيها شيئاً،أو لا ؟ ولا يجوز ان يؤجرها لزرع الحنطة أو الشعير بمقدار معين مما يخرج منها ، لروايات خاصة عن أهل البيت (ع) . ومن الخير ان نختم هذه الفقرة بقول صاحب مفتاح الكرامة : « ليس في روايات أهل البيت (ع) على كثرتها ما يدل على جواز ايجار غير الأرض بأكثر مما استأجرها من دون ان يحدث حدثاً » أي من دون ان يعمل شيئاً ، ولو قليلاً في العين المستأجرة .

موافقة المالك :

قدمنا ان المنفعة تنتقل إلى المستأجر بمجرد انعقاد العقد،وان له التنازل عنها وتقبيلها إلى من يشاء بعوض وغير عوض إذا لم يشترط عليه المباشرة بنفسه ، ويتفرع على ذلك مسألتان :

الأولى : ان المستأجر يحق له ان يؤجر العين لنفس المنفعة التي استؤجرت العين لها دون غيرها إلا إذا كانت أقل منها ضرراً ، فمن اكترى سيارة – مثلاً – ليركب فيها خمسة أشخاص فلا يجوز للمستأجر ان يكريها لنقل الأمتعة ، أو ليركب فيها ستة، بل ليركب فيها خمسة حسبما جرى عليه الاتفاق ، وبالأولى لركوب أربعة .

المسألة الثانية : هل يجوز للمستأجر ان يسلم العين المستأجرة إلى المستأجر الثاني من دون موافقة المالك واذنه ، أو لا بد من الموافقة والأذن ؟

وتظهر النتيجة على فرض اشتراط الموافقة انه إذا سلم المستأجر الأول للثاني بلا موافقة المالك يكون ضامناً للعين على كل حال ، حتى ولو تلفت من غير تعد أو تفريط ، أما إذا لم تكن الموافقة شرطاً فلا يضمن العين إلا مع التعدي أو التفريط .

والجواب : ان اذن المالك وموافقته ليس بشرط، إذا لم يكن المؤجر قد اشترط على المستأجر ان لا يؤجر العين اطلاقاً ، أو ان لا يؤجرها إلا بموافقته ، لأن جواز الاجارة من الغير يستدعي قهراً جواز تسليم العين للمستأجر الثاني ، وإلا فلا معنى لجواز الاجارة دون جواز القبض والتسليم، ومن هنا قيل : الأذن بالشيء اذن في لوازمه . وقوّى الشهيد الثاني في شرح اللمعة جواز التسليم بغير اذن المالك .. هذا ، إلى ان الروايات التي أباحت للمستأجر ان يؤجر مطلقة غير مقيدة باذن المالك وموافقته .

والمستأجر الثاني مسؤول عن الأجرة نحو المستأجر الأول ، والأول

مسؤول عنها نحو المالك ، وكل من المستأجر الأول والثاني مسؤول نحو المالك عن العين إذا حصل عليها تعدٍ أو تفريط ، أي ان المالك مخير في الرجوع على من يشاء منهما .

الأجير المقيد والمشترك :

ينقسم الأجير بالنظر إلى التقييد والاطلاق إلى مقيد ومطلق ، وبتعبير الفقهاء إلى خاص ومشترك ، والأول هو الذي يؤجر جميع منافعه مدة معينة لشخص آخر ،بحيث لا يسوغ له أن يعمل أي شيء لغير المستأجر، سواء أكان العمل معيناً كالموظف للكتابة ، فقط ، أو كان العمل غير معين كالخادم الذي يعمل ما يأمره مخدومه طوال المدة التي أستؤجر فيها.

أما الأجير المشترك فيدخل فيه ثلاثة أقسام : الأول ان يستأجر على عمل معين في وقت معين من غير شرط المباشرة، مثل ان يستأجر حمالاً لنقل الأمتعة من بيت إلى بيت في يوم معين ، سواء أعمل بنفسه ، أو أي شخص آخر ، فإن المطلوب هو النقل . الثاني ان يستأجر على عمل بشرط ان يباشره بنفسه ، ولكن دون أن يذكر أمداً خاصاً ، مثل ان يخيط له هذا الثوب بنفسه متى شاء . الثالث لا يشترط عليه المباشرة ، ولا يُعين له مدة ، مثل ان يقول له : اريد خياطة هذا الثوب منك أو ممن تكلفه أنت في أي وقت تراه .

وليس للاجير الخاص ان يعمل شيئاً لنفسه ، أو لغيره في الوقت الذي أجر فيه نفسه إلا بإذن المستأجر وموافقته ، لأن عمل الأجير في هذا الأمد المعين ملك خاص للمستأجر ، وإذا كان الأجير مشتركاً ومطلقاً غير مقيد جاز له ان يعمل لنفسه ولغيره ، لأن المستأجر لا يملك منفعته في وقت معين على وجـه لا يجوز له العمل لغير من استأجره .. وقد سئل الامام عن الرجل يستأجر الرجل بأجر معلوم ، فيجعله في ضيعته،

فيعطيه رجل آخر دراهم ، ويقول له : اشتر بها كذا وكذا ، والربح بيني وبينك ؟ فقـال : اذا أذن الذي استأجره فليس به بأس . قال الفقهاء : ان ظاهر هذه الرواية يدل على ان المراد منها الأجير الخاص المقيد ، وانها تدل بالمفهوم على ثبوت البأس مع عدم الاذن والموافقة .

وإذا عمل الأجير الخاص لغير المستأجر في الوقت الذي استؤجر فيه كان المستأجر بالخيار بين فسخ الاجارة ، أو امضائها ، فان اختار الفسخ، ولم يكن قد عمل الأجير شيئاً للمستأجر فـلا شيء للاجير ، وان كان قد عمل وُزعت الاجرة المسماة ، وكان للاجير منها بنسبة مـا عمل ، وان امضى ، ولم يفسخ يضمن الأجير ما فوّته على المستأجر من عمله ، وينقص من اجرته بقدر مـا أضاع من الزمن في العمل لغير المستأجر الأصيل ، سواء أكان قد عمل لغيره،أو لنفسه إلا ما يتسامح العرف فيه .

يد المستأجر :

من استأجر داراً ليسكنها ، أو دابة ليركبها ، أو كتابـاً ليقرأه ، أو ثوباً ليلبسه ، وما إلى ذلك فالعين المستأجرة في يده أمانة لا يضمن هلاكها أو نقصها إلا ان يتعدى حقه في الانتفاع بها ، أو يقصر في حفظها .. ومثال التعدي ان يتجاوز بالدابة أو السيارة المحل الذي استأجرها اليه ، أو يحمل عليها ما يخالف الشرط ، أو العرف أو يستعمل الدار التي استأجرها للسكن مصنعاً أو كاراجـاً فيضمن في ذلك كله ، حتى ولو كان التلف بآفة سماوية ، لأنه قد تعدى ، تماماً كما هي الحال في الغاصب .

ومثال التقصير والتفريط ان يهمل المستأجر العين ، ولا يهتم بحفظها بما تقتضيه العادة كالدابة يتركها من غير علف أو مـاء ، أو يمر بها في المخاطر والمآزق ، فقد سئل الامـام الصادق (ع) عن رجل كرى

دابته الى مكان معلوم ، فنفقت - نفقت الدابة أي هلكت وماتت - قال الامام : ان كان جاز الشرط فهو ضامن ، وان دخل وادياً ولم يوثقها فهو ضامن ،وان سقطت في بئر فهو ضامن ، لأنه لم يستوثق منها .

ومورد الرواية ،وان كان الدابة ،فان حكمها يشمل كل عين مستأجرة ، وقول الامام (ع) : « ان كان جاز الشرط » مثال للتعدي ، وقوله : « لم يوثقها ، ولم يستوثق منها » مثال للتقصير .

وأيضاً يضمن العين إذا منعها عن المالك بعد انتهاء الاجارة وطلبها منه ، فاذا هلكت أو تضررت فعليه الضمان مطلقاً ، حتى ولو كان التلف بآفة سماوية ، لأنه امتناع من غير حق .

ويضمن المعتدي والمفرط قيمة العين حين التلف لا قبلها ، لأن ذمته انما تشتغل بالقيمة عند هلاك العين .. أجل ، هو مسؤول عن العين من حين التعدي ، بمعنى دخولها في ضمانه من ذلك الوقت الى حين التلف ، فيضمن قيمتها عند التلف على الأقوى ، كما عبر صاحب الجواهر .

وتسأل : إذا اشترط المؤجر الضمان على المستأجر ، مع عدم التعدي والتفريط ، فهل يصح هذا الشرط ، ويجب الوفاء به ؟

ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر إلى صحة العقد وبطلان الشرط ، لأنه مخالف للنص الصحيح القائل بعدم ضمان الأمين ، والمستأجر أمين .

الخياط :

إذا أفسد الخياط الثوب ، والنجار الباب ، وكل صانع أفسد ما في يده فهو ضامن له متهاوناً كان أو غير متهاون ، حاذقاً كان أو غير حاذق ، لأن التلف يستند اليه مباشرة ، ومن اتلف مال غيره فهو له ضامن ، قصد ذلك ، أو لم يقصد ، لأن الضمان لا يشترط فيه القصد ولا العقل ، ولا البلوغ . ويدل عليه قول الامام الصادق (ع) : « كل

عامل اعطيته أجراً على ان يصلح فأفسد فهو ضامن » .

أجل ، إذا هلكت العين أو تضررت عند العامل كالثوب يحرق أو يسرق من دكان الخياط أو « الكوّاء » بلا تعد منه وتفريط فلا ضمان عليه ، لأن الأصل عدم الضمان، ولأنه أمين ، وقد دل النص على عدم ضمان الأمين .. وبكلمة،هناك فرق بين ان تهلك العين بلا تعد من العامل والصانع ، وبدون فعله هو كما لو سرقت من محله ، وبين ان تتلف أو تتضرر بفعله وفي يده ، كالخياط يخطىء في تفصيل البدلة ، والكوّاء في تنظيفها ، والنجار في اصلاح الباب ، فالأول غير ضامن ، لعدم استناد الفعل اليه من قريب أو بعيد ، والثاني ضامن ، لاستناده اليه حقيقة ، حتى ولو كان من غير قصد .

الحمال :

إذا عثر الحمال ، فسقط ما يحمله ، وتلف ، فهل يضمنه ، أو لا؟

للفقهاء فيه قولان ، فمن قائل بأنه يضمن ، وعلى هذا أكثر الفقهاء. ومن قائل بعدم ضمانه ، ومن هؤلاء الشيخ النائيني ، قال في حاشيته على العروة الوثقى : « الأظهر عدم الضمان،وكونه من التلف دون الاتلاف ». والفرق بينهما ان الاتلاف لا بد من نسبته إلى فاعل ، أما التلف فإنه يحدث من غير هذه النسبة ، تماماً كالموت ، والاماتة .

الطبيب :

من أقدم على تطبيب مريض ، وتضرر من جراء خطأه فان لم يكن من أهل الفن والمعرفة بهذه المهنة فهو ضامن بالاتفاق ، بل مستأهل للعقوبة ، لأنه معتد ومتطفل، وان كان من أهل الاختصاص والفن فلا

يضمن إذا اجتهد واحتاط ، وتبرأ مما يحدث ، وقبل المريض أو وليه ذلك ، لقول أمير المؤمنين (ع) : من تطبّب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه ، وإلا فهو ضامن » . وإلى هذا ذهب صاحب العروة الوثقى والشيخ النائيني في حاشيته على العروة ، والسيد الحكيم في المستمسك ، قال هذا السيد ما نصه بالحرف : « هو أي عدم الضمان المشهور ، بل لا يعرف الخلاف فيه إلا عن الحلي ، وبعض آخر » .

وذهب المشهور بشهادة صاحب المستمسك إلى ان من وصف دواء لمريض فشربه ومات بسببه فلا ضمان على الواصف ، طبيباً كان أو غير طبيب ، وقال صاحب العروة الوثقى : « الأقوى عدم الضمان ، وان قال : الدواء الفلاني نافع للمرض الفلاني فلا ينبغي الاشكال في عدم ضمانه .. وكذا لو قال : لو كنت مريضاً بمثل هذا المرض لشربت الدواء الفلاني » .

الملاح والمكاري والسائق :

ان كلاً من الملاح والمكاري وقائد السيارة لا يضمن شيئاً مما يهلك في السفينة وعلى الدابة وفي السيارة إلا مع التعدي ، أو التفريط ، فإذا استأجر سفينة ، أو سيارة لحمل متاع فنقص أو سرق لم يضمن الملاح وقائد السيارة مع عدم التعدي والتفريط إلا اذا اشترط عليه ذلك ، للنص الخاص ، فقد سئل الامام (ع) عن رجل استأجر ملاحاً ، وحمله طعاماً في سفينة ، واشترط عليه ان نقص فعليه ؟ قال الامام : جائز . قال السائل : انه ربما زاد الطعام ؟ قال الامام : هل يدعي الملاح انه زاد فيه شيئاً ؟ قال السائل : لا . قال الامام : الزيادة لصاحب الطعام ، والنقصان على الملاح ان كان قد اشترط عليه ذلك .

الناطور :

إذا استؤجر لحفظ متاع فسرق فلا ضمان عليه إلا اذا قصر في الحفظ حسب المعتاد ، وقد سئل الامام (ع) عن رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرق ؟ قال : هو مؤتمن . اي لا يضمن إلا مع التقصير، كما هو الحكم في كل أمين .

وتسأل : هل يستحق الناطور الاجرة بعد سرقة المتاع الذي استؤجر لحفظه ؟

قال صاحب الجواهر : « قد يقال : لا أجر له ، لعدم حصول العمل المستأجر عليه » . وقال صاحب المستمسك : « بل ينبغي ان لا يكون محلاً للاشكال » ، اي انه استؤجر لحفظ المتاع وبقائه ، والمفروض انه سرق ، فلم يبق موضوع للاجارة ولا للاجرة .

اشتراط نقص الاجرة أو عدمها :

قال صاحب الجواهر : « لو استأجره ، ليحمل له متاعاً الى موضع معين ، واشترط عليه وصوله اليه في وقت معين ، وانه ان قصر عنه نقص من اجرته شيئاً معيناً جاز وفاقاً للمشهور ، للاصل ، وقاعدة « المؤمنون عند شروطهم » .. أما لو اشترط سقوط الاجرة ان لم يوصله اليه فلم يجز الشرط وفاقاً للمشهور ،لأنه شرط منافٍ لمقتضى عقد الاجارة، اذ يرجع المعنى الى ان الاجارة بلا اجرة ، فيكون نحو قولك : اجرتك بلا اجرة ، وبفساده يفسد العقد ، وإذا فسد العقد كان له اجرة المثل» .

التردد في الاجرة ونوع العمل :

إذا قال له : ان خطت هذا الثوب عربياً فلك درهم ، وان خطته

افرنجياً فلك درهمان صح من باب الجعالة ، لا من باب الاجارة ، لأن الجعالة تغتفر فيها الجهالة والابهام دون الاجارة .. وكذلك اذا قال له: ان خطتَه اليوم فلك درهمان ، وان خِطتَه غداً فلك درهم واحد ، فانه يصح جعالة لا اجارة ، ويأتي الكلامَ عن الجعالة في الفصل التالي :

مسائل :

١ - سبق ان المؤجر يملك الاجرة بعد انعقاد العقد ، أما تسليمها له فلا يجب بذلك ، بل ينظر : فان اشترط التأجيل أو التعجيل وجب العمل بالشرط الذي اتفقا عليه،سواء وردت الاجارة على العين،أو على العمل .
ومع الاطلاق وعدم الشرط ينظر ايضاً : فان وقعت الاجارة على العين جاز لكل من المؤجر والمستأجر ان يمتنع عن تسليم ما في يده،حتى يستلم حقه من الآخر ، تماماً كالمتبايعين ، لأن كلاً من البيع والاجارة من عقود المعاوضة .
وان وقعت الاجارة على العمل كخياطة الثوب فلا يجب تسليم الاجرة إلا بعد اكمال العمل ، قال صاحب الجواهر :
« يجب على المؤجر والمستأجر التسليم ، لوجوب الوفاء بالعقد ، فان تعاسرا أجبرا معاً على التقابض ، أما لو بذل أحدهما ، وامتنع الآخر ، ولم يمكن اجباره كان للباذل حبس ما لديه ، حتى يدفع اليه العوض قضاءً لحق المعاوضة التي بني عليها العقد - ثم قال صاحب الجواهر : والظاهر الاجماع على عدم استحقاق الأجير تسلم الأجرة قبل العمل ما لم يشترط ، أو تكون عادة تقوم مقام الاشتراط » .
٢ - إذا تسلم المستأجر العين المستأجرة،ومضت مدة الاجارة لزمته ، ووجب عليه دفعها إلى المالك ، حتى ولو لم يستوف المنفعة، فمن استأجر داراً ليسكنها ، أو سيارة ليركبها أمداً معيناً ، ومضى الأمد دون ان

يسكن الدار ، أو يركب السيارة فعليه الأجرة، بل لو تبين فساد الاجارة فعلى المستأجر اجرة المثل ، لأن المنفعة فاتت تحت يده ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف معتد به ، حتى ولو كانت الاجارة فاسدة ، ولكن اللازم فيها اجرة المثل » .

وإذا بذل المؤجر العين المستأجرة فلم يأخذها المستأجر ، حتى مضت المدة لزمته الأجرة للمالك ان كانت الاجارة صحيحة ، ولا شيء عليه ان كانت الاجارة فاسدة ، لأنه لم يستوف المنفعة ، ولم تفت تحت يده لعدم القبض ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف أجده في ذلك .. نعم ليس هنا أجرة المثل ، مع فرض فساد الاجارة ، لعدم القبض » .

٣ - على المؤجر ان يسلم العين للمستأجر خالية من الأمتعة والعوائق التي تحول دون الانتفاع بها ، قال صاحب مفتاح الكرامة : « لا خلاف بين المسلمين في انه يجب تسليم الدار فارغة ، ليتحقق الانتفاع بها » .

٤ - ضريبة الحكومة على الأراضي والمسقفات تجب على المالك لا على المستأجر إلا مع الشرط ، فمعه يجب ان يدفعها المستأجر، حتى ولو كان جاهلاً بمقدارها حين الاجارة، لان العرف يغتفر ويتسامح بمثل هذه الجهالة.

٥ - يجوز للأجير ان يجعل لنفسه الخيار بعد الانتهاء من العمل، ان شاء أمضى الاجارة ، وأخذ الاجرة المسماة ، وان شاء فسخها ، وطالب بأجرة المثل - مثلاً - أجر نفسه لبناء بيت بشيء معين ، واشترط على صاحب البيت ان يكون له الخيار بعد الانتهاء من البناء في ان يقبل بالاجرة المسماة ، أو يفسخ الاجارة ، ويأخذ اجرة المثل ، فإذا انتهى من العمل وأجاز الاجارة أخذ المسمى ، وان فسخ الاجارة طالب بأجرة المثل ، وعلى المؤجر ان يدفعها له، حتى وان زادت عن المسمى اضعافاً، لان عمله محترم ومضمون بعد ان كان برضا المالك ، فإذا بطل المسمى بالفسخ تعين الضمان بأجرة المثل .

٦ — يجوز الاستئجار لحفر بئر أو قناة ، ولا بد من تقدير الحفر بالمدة اياماً او اسبوعاً أو شهراً أو أكثر أو أقل،أو يقدر الحفر بالوصف طولاً وعرضاً وعمقاً، وإذا انهارت البئر والقناة فإزالة التراب على المؤجر لا المستأجر ، كما لو وقع فيها حجر او دابة ، وما اليها .

وإذا اعترضت الحافر صخرة لم تكن في الحسبان ، وتعذر عليه الحفر او تعسر إلا بمشقة وتكاليف اكثر من المعتاد فللاجير فسخ الاجارة ، وله من الاجرة المسماة بنسبة ما عمل ، ان نصفاً فنصف ، وان ثلثاً فثلث ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف اجده في شيء من ذلك بين الفقهاء ، ولا خلاف » .

اتفقوا على ان للزوجة ان تؤجر نفسها للرضاع وغيره من الأعمال السائغة بإذن الزوج وموافقته ، واختلفوا : هل يجوز لها ذلك من غير اذنه ؟ والحق صحة الاجارة منها من غير اذن الزوج لكل عمل لا يتنافى مع الحقوق الزوجية ، لأنها والحال هذي مالكة لمنافعها ، ولها ان تتصرف فيها ، وتصرفها الى من تشاء بعوض وغير عوض ما دام العمل لا يتعارض مع حق الغير ، وإذا تعارضت الاجارة مع حق الزوج فله فسخها .

٨ — يجوز استئجار الأرض لجعلها مسجداً أمداً معيناً ، ولكن لا يثبت له آثار المسجد من تحريم التنجيس ودخول الجنب والحائض ، لأن شرط المسجد أن يكون موقوفاً ، وشرط الوقف التأبيد ، ولا تأبيد مع الاجارة ، كما قال صاحب المسالك ، وقال صاحب الجواهر : « مراد الفقهاء من المسجد هنا انه محل للسجود ، كقولهم يستحب اتخاذ مسجد للصلاة في الدار ، ومرادهم اعداد مكان مخصوص للصلاة » .

التنازع :

١ — إذا اختلفا في أصل الاجارة ووقوعها فالقول قول المنكر بيمينه،

سواء أكان هو المالك أو المتصرف، ثم ان وقع النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع رجع كل شيء الى ما كان عليه ، وان كان بعد استيفاء المنفعة ينظر : فان كان المنكر هو المالك فله اجرة المثل فقط ، فاذا افترض ان اجرة المثل عشرة ، وقال المستأجر : استأجرتها باثني عشر فلا يستحق المالك إلا عشرة ، لاعترافه بعدم استحقاق الزيادة .

وان كان المنكر هو المتصرف فللمالك اجرة المثل ايضاً ، وإذا افترض ان اجرة المثل أكثر مما يدعيه المالك من الاجرة فلا يعطي أكثر مما ادعى، لاعترافه بأنه لا يستحق الزائد .

وتسأل : ان المتصرف يعترف بأن الزيادة عن اجرة المثل في الفرض الأول والثاني هي حق للمالك بينا يعترف المالك صراحة أو ضمناً بأنها ليست له ، فماذا يصنع بها المتصرف ، مع العلم بأنه لا يجوز له تملكها بموجب اعترافه ؟

الجواب : يتعين عليه احد امرين : اما ان يدفعها للحاكم الشرعي ويعلمه بالحقيقة ، واما ان يوصلها الى المالك بطريق من الطرق ، ولو بوضعها في أمواله دون علمه .

٢ – إذا اختلفا في مقدار الشيء المستأجر ، فقال المالك : اجرتك الدار ما عدا هذه الغرفة ، وقال المستأجر : بل الدار بكاملها فالقول قول المالك بيمينه ، لأنهما قد اتفقا على سائر الغرف ، واختلفا في الغرفة الزائدة ، والأصل عدم وقوع الاجارة على ما زاد عن مورد الاتفاق .

وقال بعض الفقهاء : هما متداعيان ، لأن كلاً منهما يدعي ما ينكر الآخر ، وينكر ما يدعيه ، فيتحالفان . ورد صاحب المسالك والجواهر على هذا القائل بأن ضابط التحالف عدم اتفاق المتداعيين على شيء من مورد العقد ، كما لو قال احدهما : اجرتك البيت . وقال الآخر : بل اجرتني الدابة ، والمفروض انهما هنا متفقان على ما عدا الغرفة المعلومة

من الدار ، فلا مبرر – اذن – للتحالف .

٣ – إذا اختلفا في مقدار الاجرة فالقول قول المستأجر بيمينه ، لان الاصل عدم الزيادة ، قال صاحب الجواهر والمسالك : وقيل بالتحالف وهو ضعيف .

٤ – إذا اختلف الاجير والمؤجر في نوع العمل ، مثل ان يدعي الخياط ان المالك طلب منه ان يخيط قطعة القماش قميصاً ، فأنكر المالك وقال : كلا ، بل طلبت منك ان تخيطها سروالاً ، فمن هو المدعي ؟ ومن هو المنكر ؟

ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر إلى ان القول قول المالك بيمينه ، لان الاصل عدم اذن المالك بما يدعيه الخياط .

٥ – إذا اختلفا في تعيين العين المستأجرة ، فقال المالك : آجرتك البيت . وقال المستأجر : بل آجرتني الدكان .. تحالفا، وبطلت الاجارة كأن لم يكن شيء ، تماماً كما هي الحال لو اختلفا في تعيين المبيع .

٦ – إذا اختلفا في شرط زائد فالقول قول المنكر ، لان الاصل عدم الشيء الزائد ، حتى يثبت العكس .

٧ – إذا اختلفا في صحة الاجارة وفسادها فالقول قول من يدعي الصحة ، لان الاصل في افعال العقلاء الذي تسالم عليه الجميع هو الصحة حتى ولو كان مدعي الصحة غير مسلم .

الجعالة

من الدار ، فلا يبرز سنداً للمخالف .

٣ – إذا اختلفا في مقدار الأجرة فالقول قول المستأجر بيمينه ، لأن الأصل عدم الزيادة ، قال صاحب الجواهر والمسالك : وقيل بالتحالف وهو ضعيف .

٤ – إذا اختلف الأجير والمؤجر في نوع العمل ، مثل أن يدعي الخياط أن المالك طلب منه أن يخيط قطعة القماش قميصاً ، فأنكر المالك وقال : كلا ، بل طلبت منك أن تخيطها سروالاً ، فمن هو المدعي ؟ ومن هو المنكر ؟

ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر إلى أن القول قول المالك بيمينه ، لأن الأصل عدم إذن المالك بما يدعيه الخياط .

٥ – إذا اختلفا في أصل العين المستأجرة ، فقال المالك : آجرتك البيت . وقال المستأجر : بل آجرتني الدكان .. تحالفا، وبطلت الإجارة كأن لم يكن شيء ، تماماً كما هو الحال إذا اختلفا في ثمن المبيع .

٦ – إذا اختلفا في شرط زائد فالقول قول المنكر ، لأن الأصل عدم الشيء الزائد ، حتى يثبت العكس .

٧ – إذا اختلفا في صحة الإجارة وفسادها فالقول قول من يدعي الصحة ، لأن الأصل في أفعال العقلاء التي تسالم عليه الجميع هو الصحة حتى ولو كان مدعي الصحة غير مسلم .

معناها :

الجعالة والجعيلة والجعل بمعنى واحد في اللغة ، وهو ما يجعل للانسان على شيء يفعله،وعند الفقهاء الالتزام بمال معين لقاء عمل لأي عامل كان مجهولاً أو معلوماً ، وصورته مع جهل العامل ان يقول : من فعل لي كذا فله كذا ، أو من رد ضالتي الفلانية فله كذا ، وصورته مع معرفة العامل ان يقول لمن يعرفه بشخصه : ان فعلت كذا فلك كذا .

الشرعية :

الجعالة مشروعة اجماعاً ونصاً ، ومنه قوله تعالى في الآية ٧٢ من سورة يوسف : «ولمن جاء به حمل بعير» .

وقيل للامام الصادق (ع) : ربما امرنا الرجل فيشتري لنا الأرض والدار والغلام والجارية ، ونجعل له جعلاً ؟ قال : لا بأس .

بين الجعالة والاجارة :

فرق بين الجعالة والاجارة من وجوه :

١ — ان الاجارة عقد لازم من الجانبين ، أما الجعالة فجائزة من جانب الجاعل والعامل قبل التلبس بالعمل ، ومن جانب العامل أيضاً اذا كان بعد ان يتلبس بالعمل ، فان له الرجوع عنه قبل الاكمال ، ولكنه لا يستحق شيئاً ، لأن الجاعل قد جعل له العوض في مقابل مجموع العمل ، لا بعضه . وإذا رجع الجاعل قبل العمل فلا يستحق المجعول له شيئاً ، لانتفاء الموضوع ، وإذا رجع بعد الابتداء بالعمل ، وقبل الانتهاء منه فللعامل اجرة عمله،وان كان بعد الانتهاء فله الجعل بكامله .
قال صاحب المكاسب :

« لا خلاف في ان الجعالة من الأمور الجائزة من الطرفين ، بمعنى تسلط كل من المالك والعامل على فسخها قبل التلبس بالعمل وبعده ، سواء جعلناها عقداً أو ايقاعاً ، لأنها من حيث عدم اشتراط القبول فيها بمنزلة أمر الغير بعمل له اجرة ، فلا يجب المضي فيه من الجانبين ، ثم ان كان الفسخ قبل التلبس فلا شيء للعامل ، إذ ليس هناك عمل يقابل بعوض ، سواء كان الفسخ من قبله ، أم من قبل المالك ، وان كان بعد التلبس ، وكان الفسخ من العامل فلا شيء له ، لأن المالك لم يجعل له العوض إلا لمجموع العمل من حيث هو مجموع ، فلا يستحق على ابعاضه شيئاً ، لأن غرض المالك لم يحصل ، وقد اسقط العامل حق نفسه ، حيث لم يأت بما شرط عليه العوض .. وان كان الفسخ من المالك فعليه للعامل عوض ما عمل ، لأنه انما عمل بعوض لم يسلم له ، ولا تقصير من قبله ، والأصل في العمل المحترم الواقع بأمر المالك ان يقابل بالعوض .. وهل العوض الواجب له اجرة مثل ما عمل ، أم بنسبة ما فعل الى المجموع من العوض المسمى ؟ وجهان أظهرهما الثاني — أي بنسبة ما فعل الى المسمى لا اجرة المثل — لأنه العوض الذي اتفقا عليه » .

٢ ـ يجوز أن يكون العامل مجهولاً في الجعالة ، فتقول : من أصلح هذه القطعة ، وأزال منها الأحجار والأشواك فله كذا ، ولا يصح ان تقول : آجرتها لكل من يزرعها بكذا .

٣ ـ الأجير يملك الأجرة بنفس العقد في الاجارة ، سواء استعمله المالك ، أو تركه بغير عمل ، أما في الجعالة فإن الطرف الثاني ، وهو المجعول له .لا يستحق شيئاً إلا بعد العمل .

٤ ـ يجوز أن يكون الملتزم غير مالك،مثل ان يقول رجل أجنبي : من رد محفظة فلان فله علي كذا ، ولا يصح أن يقول : من أجر داره بكذا فعلي الأجرة .

٥ ـ يجوز ان يكون العامل المجعول له صبياً،وسفيهاً ، أما المستأجر فيشترط فيه البلوغ والرشد .

٦ ـ يجوز في الجعالة أن يكون وصف الشيء الذي جعل المال من أجله مجهولاً بما لا يغتفر في الاجارة ، فإذا قال : من رد دابتي فله كذا صح ، وان لم يبين انها فرس أو حمار ، ولا يصح ان يقول : أجرتك دابتي دون ان يميزها بالوصف .

الشروط :

يُعتبر في الجعالة أمور :

١ ـ الصيغة ، وهي كل لفظ يدل على الالتزام بمال لقاء عمل ، كقوله : من رد محفظتي فله كذا،أو أي انسان فعل كذا اعطيته كذا، ويصح فيها الاطلاق من حيث الزمان والمكان ، كما يصح التقيد بهما أو

بأحدهما ، مثل ان يقول : من فعل كذا في شهر رمضان ، أو يوم الجمعة ، أو في بلد كذا،أو الأرض الفلانية ... ولا فرق في القبول بين أن يكون بالفعل أو بالقول ، فلو قال انسان : أنا أفعل . أو باشر بالعمل دون أن يقول شيئاً تم العقد .

٢ - ان ينبذ الجاعل الأجرة أولاً ، ثم يحصل العمل ، فلو وجد انسان محفظة فالتقطها قبل الجعالة وجب عليه أن يسلمها لصاحبها ، ولا يستحق من الجعل شيئاً ، لأنها أمانة في يده ، وعليه ان يردها لمالكها، قال صاحب الجواهر : « لا أجد خلافاً في ذلك » .

ومن رد الضالة بقصد التبرع فلا شيء له ، سواء أكان ذلك بعد الجعالة ، أو قبلها ، وسواء أسمعها العامل ، أو لم يسمعها ، أما إذا لم يقصد التبرع ، وكان الرد بعد الجعالة فيستحقها،حتى ولو لم يسمعها ، لأنه مع عدم التبرع واذن الجاعل - يكون العمل محترماً .

٣ - ان يكون الجاعل أهلاً للتعاقد ، تتوافر فيه الشروط العامة من البلوغ والرشد والقصد والاختيار ، وعدم الحجر، أما العامل فلا يشترط فيه إلا امكان صدور العمل منه مع عدم المانع الشرعي ، فيصح العمل من الصبي والسفيه ، وقيل يصح من المجنون أيضاً. قال السيد أبو الحسن الأصفهاني في الوسيلة : « يجوز أن يكون العامل صبياً مميزاً ، ولو بغير اذن الولي ، بل ولو كان غير مميز أو مجنوناً على الأظهر،فجميع هؤلاء يستحقون الجعل المقرر لعملهم » .

٤ - قال العلامة في التذكرة ما نصه بالحرف : يشترط في العمل أن يكون محللاً فلا تصح الجعالة على محرم، فلو قال : من زنا أو قتل

أو سرق ، أو ظلم ، أو شرب خمراً ، أو أكل محرماً ، أو غصب ، أو غير ذلك من الأفعال المحرمة فله كذا لم يصح ، ولو فعل المجعول له ذلك لم يستحق العوض ، سواء أكان المجعول له معيناً ، أو مجهولاً ، ولا نعلم في ذلك خلافاً . ويشترط أن يكون العمل مقصوداً العقلاء ، فلو قال : من استقى من ماء دجلة ، ورمى الماء في الفرات ، أو حفر نهراً ثم طمه ، وغير ذلك مما لم يعده العقلاء مقصوداً لم يصح . ويشترط في العمل ان لا يكون واجباً ، فلو قال : من صلى الفريضة ، أو صام شهر رمضان فله كذا لم يصح ، لأن الواجب لا يصح أخذ العوض عليه .

٥ – أن يكون الجعل معلوماً ، تماماً كالأجرة في عقد الاجارة ، وإذا كان مجهولاً تبطل الجعالة ، ويثبت للعامل أجرة المثل .. أجل ، يجوز ان يقول : من رد دابتي فله نصفها أو ربعها .

وإذا قال : من فعل كذا فأنا أرضيه ، فإن رضي الفاعل بما أعطاه الجاعل فذاك ، وإلا فللعامل اجرة المثل .

مسائل :

١ – إذا قال : من رد محفظتي فله دينار فردها جماعة كان الجعل لهم بالسوية .

وإذا قال : من دخل داري فله دينار ، فدخلها جماعة كان لكل واحد منهم دينار ، قال صاحب الجواهر : بلا خلاف معتد به ولا إشكال » .

٢ – إذا خص الجعالة بانسان معين ، مثل ان يقول : ان رد زيد محفظتي فله كذا ، فإذا ردها غيره فلا شيء له . قال صاحب الجواهر : « لا خلاف أجده في ذلك ، لأنه متبرع ، حيث لم تبذل الأجرة له » .

٣ — إذا قال : من رد سيارتي فله كذا فلا يستحق العامل المبلغ المجعول إلا بتسليم العين إلى يد المالك ، فلو جاء بالسيارة ، وتركها أمام المنزل ، ولم يقبضها المالك ، ثم سرقت فلا شيء للعامل . قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف أجده .. نعمْ ، لو صرح الجاعل بما لا يقتضي التسليم ، كما لو قال : من أوصلها إلى البلد ، أو المنزل استحق العامل الجعل » .

٤ — كل من أمر غيره بعمل ، ولم يشارطه عليه فانه يستحق على عمله اجرة المثل بالاجماع .

التنازع :

١ — قال صاحب الشرائع : اذا عمل شخص لآخر ، أو رد له ضالته ، وقال للمالك : أنت امرتني بالعمل ، أو شارطتني عليه ،فانكر المالك ذلك فالقول قوله بيمينه ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف أجده فيه ، لأنه منكر ، والاصل عدم الأمر وعدم الشرط » .

ويلاحظ بان هذا يتم إذا لم يكن هناك قرينة تفيد الاطمئنان ، وتدل على عدم التبرع ، كالحمّال يحمل المتاع لانسان ، فيدعي عليه صاحب المتاع التبرع ، وكأصحاب سيارات الايجار يدعي الراكب التبرع .. ولا أظن عاقلاً يطلب البينة من الحمال وصاحب السيارة على ثبوت الايجار ..

٢ — إذا قال : من رد محفظتي فله كذا فردها له زيد ، وطالبه بالجعل ، فقال له الجاعل : لقد كانت المحفظة معك وفي يدك قبل ان انشىء الجعالة ، وعليه فلا تستحق شيئاً ، وقال العامل : بل بحثت عنها ، وحصلت عليها بعد الجعالة ، فاستحق عليك الجعل كاملاً — اذا

كان الأمر كذلك فالقول قول المالك بيمينه ، لأن الأصل براءة ذمة المالك من الجعل ، حتى يثبت العكس .

٣ – إذا اتفقا على انشاء الجعالة ، واختلفا في قدر الجعل – مثلاً – قال المالك : جعلت عشرة دراهم للعمل . وقال العامل : بل جعلت عشرين ، فمن المدعي ؟ ومن المنكر ؟

وللفقهاء خمسة أقوال في ذلك ، نقلها صاحب الجواهر والمسالك ومفتاح الكرامة. وأقرب الأقوال – فيما نرى – ما ذهب اليه العلاّمة في القواعد، والشهيد الأول في اللمعة ، واستحسنه أكثر من فقيه ، وهو ان القول قول المالك بيمينه ، مع عدم البينة للجاعل ، فيحلف المالك على نفي الزيادة التي يدعيها العامل، وبديهة ان اليمين لا تثبت العشرة التي يدعيها الجاعل ، لأن اليمين تنفي ما يدعيه الخصم ، ولا تثبت ما يدعيه الحالف لأن الدعوى انما تثبت بالبينة ، وإذا لم تثبت بالبينة ، ولم تثبت العشرة التي يدعيها المالك ، مع العلم بأن العمل محترم ، لأنه كان باذن المالك وجب الأخذ بأقل الأمرين من أجرة المثل ، وما يدعيه العامل ، فإن كانت اجرة المثل أكثر مما يدعيه ، كما لو افترض انها ثلاثون اعطي العامل المبلغ الذي ادعاه ، وهو العشرون ، لاعترافه بعدم استحقاق الزائد ، وبراءة ذمة المالك منه ، وان كانت اجرة المثل أقل مما يدعيه العامل كما لو افترض انها خمسة عشر فله اجرة المثل فقط .. أجل ، لو افترض ان ما ادعاه المالك يزيد عن اجرة المثل ، كما لو قال : جعلت ١٨ أعطيت الزيادة عن اجرة المثل للعامل ، إذ المفروض ان

المالك يعترف بأن العامل يستحقها ، والعامل لا ينكرها ، بل يدعي استحقاق الأكثر[1] .

---

١ لا ادري لماذا اختلف الفقهاء في هذه المسألة على خمسة اقوال ، واطالوا النقل والشرح ، ولم يفعلوا ذلك في مسألة اختلاف المؤجر والمستأجر في قدر الاجرة التي اشرنا اليه في الفصل السابق فقرة التنازع رقم ٣ مع ان المسألتين من باب واحد ؟.. ونفرق بين الصورتين بكل حذر وتحفظ بأن النزاع في قدر الاجرة بباب الاجارة يرجع الى النزاع في ان ما يستحقه المالك على المستأجر : هل هو الاقل او الاكثر ، تماماً كمسألة النزاع في مقدار الدين .. اما النزاع هنا فانما وقع في اصل الجعالة وانشائها عشرة او عشرين بصرف النظر عن الشخص الذي يستحقها ، اذ ان مستحق الجعل حين الجعالة غير معين ، اما مستحق الاجرة فمعلوم ومعين .. نقول هذا ، ونستغفر الله .

اللقطة

لذلك يعترف بأن الناس يستحقونها ، والعاقل لا ينكرها ؛ بيد أن بعض
استحقاق الأكثر[1] .

[illegible]

[illegible]

[illegible]

في المال المجهول المالك ، ورد المظالم ، والأعراض :

من الألفاظ المتداولة في كتب الفقه المال المجهول المالك ورد المظالم، واعراض المالك عن ملكه ، واللقطة ، بضم اللام ، وفتح القاف، وقد يقع الاشتباه ، وعدم تمييز بعضهـا عن بعض بالنظر الى ان كلاً من المظالم واللقطة والمـال المجهول المالك لا يعرف صاحبه ، كما ان المال الضائع - أي اللقطة - والذي اعرض عنـه صاحبه يجوز اخذه . لذا رأينا من المفيد قبل ان نتكلم عن اللقطة التي نحن بصددها ان نمهد بالاشارة إلى ما أراده الفقهاء من الأسماء الثلاثة ، وحكم كل منهـا ليتضح الفرق بينها وبين اللقطة من جهة ، ولأن الفقهاء لم يتكلموا عنها بعنوان مستقل، وانما تعرضوا لها استطراداً للمناسبات .

والمال المجهول المالك يفسر نفسه بنفسه ، حيث لا يعرف له مالكاً، وهو اما ضائع ، واما غير ضائع ، والضائع يدخل في باب اللقطة،وغير الضائع ، وهو الذي عناه الفقهـاء من المال المجهول المالك ، لا يجوز أخذه وحيازته ، ولكن قد يقع في يدك غفلة وخطأ ، كما لو كنت في فندق مع شخص تجهل هويته،فيختلط بعض أمتعته بأمتعتك ، ثم يذهب الى سبيله ، ولا تعرف عنه شيئاً . ومن المجهول المالك ان تستدين مالاً من شخص ، أو يضع عندك أمانـة ، ثم يغيب عنك غيبة منقطعة ،

وتنسى اسمه ، ولا تعرف من يرشدك اليه . أو يصل الى يدك مال من الغاصب والسارق دون ان تعرف له صاحباً ، أو تلبس قبعة غيرك ، أو تأخذ محفظته ، أو عصاه ظناً واشتباهاً انها قبعتك ، أو محفظتك ، أو عصاك .

وحكم المال المجهول المالك إذا وقع تحت يدك ان تتصدق به عن صاحبه بعد اليأس من معرفته ومعرفة من يقوم مقامه ، فقد سئل الامام الصادق (ع) عمن وجد متاع شخص معه ، ولم يعرف صاحبه ؟ قال : إذا كان كذلك فبعه وتصدق به .

وإذا ظهر صاحبه بعد التصدق به فلا ضمان على المتصدق ، لأن اذن الشارع بالصدقة يتنافى مع الحكم بالتغريم ، هذا ، الى ان النص لم يشر من قريب أو بعيد الى ضمان هذا المتصدق ، بل قال السيد الحكيم في الجزء السادس من المستمسك ص ٥٩٦ طبعة ١٣٦٩ هـ ما نصه بالحرف: « ان النصوص الآمرة بالتصدق بمجهول المالك ظاهرة في خلاف الضمان ». وقال الشيخ النائيني تعليقاً على المسألة ٣٣ من باب الخمس في كتاب العروة الوثقى : « الاقوى عدم الضمان » .

أما رد المظالم فقال صاحب مفتاح الكرامة : « ان رد المظالم ومجهول المالك شيء واحد على المشهور » . وعن الشيخ الاردبيلي ان رد المظالم هو المال الحرام المختلط بالحلال ، مع العلم بقدره ، والجهل بصاحبه .

وليس من شك ان المظالم هي الأموال التي تدخل على الانسان من غير وجه شرعي ، وان على الظالم ان يردها الى صاحبها أو من يقوم مقامه ان كانت عينها قائمة ، وان يرد البدل من المثل أو القيمة ان تلفت ، وان جهل صاحبها ومن يقوم مقامه تصدق بها عنه .

أما الاعراض فهو ان يترك الانسان عيناً من أمواله مع نية الاعراض، وإذا تركها للخوف ، أو لأي سبب من غير اعراض تبقى على ملك مالكها الأول لا يجوز التعرض لها إلا اذا كانت بمعرض التلف،فيأخذها

بقصد الحفظ والصيانة ، وتكون في يد الآخذ أمانة شرعية ، لا يضمنها إلا مع التعدي أو التفريط ، ومتى ترك العين صاحبها بنية الاعراض أصبحت كسائر المباحات ، وجاز لغيره حيازتها وتملكها ، وإذا طالب بها المالك الأول لا يجب دفعها اليه ان كانت عينها قائمة ، وبالاولى ان لا يضمن العوض ، مع التلف .

وفي ذلك روايات عن أهل البيت (ع) ، منها ما رواه عبدالله بن سنان في الصحيح عن الإمام الصادق (ع) : « من أصاب مالاً أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كلت ، وقامت ، وسيبها صاحبها،لما لم تتبعه، فأخذها غيره ، فأقام عليها ، وأنفق نفقة ، حتى أحياها من الكلال ، ومن الموت فهي له ، ولا سبيل له — أي للأول — عليها ، وانما هي مثل الشيء المباح ».

وقد اتفق الجميع على صحة هذه الرواية ، ووصفها صاحب مفتاح الكرامة في باب اللقطة بأنها الأصل في الحكم ، وبأن رواية السكوني عاضدة ومؤيدة لها ، وهي : « إذا غرقت السفينة وما فيها ، فأصابه الناس ، فما قذف به البحر على ساحله فهو لأجله، وهم — أي أصحاب السفينة — أحق به ، وما غاص عليه الناس،وتركه صاحبه فهو لهم » . اي هو لمن استخرجه من البحر .

ورواية ابن سنان هي اوضح الروايات دلالة على الاعراض ، وعلى تملك الشيء المعرض عنه ، أما دلالتها على الاعراض فلاشتمالها على لفظة «سيبها» الظاهرة في العين التي لا مالك لها . قال صاحب مجمع البحرين: « كان العربي يقول : إذا رجعت من سفري فناقتي سائبة ، وسئل الإمام عن السائبة ؟ فقال : هو الرجل يحتق غلامه فيقول له : اذهب حيث شئت ، ليس لي من أمرك شيء » . وقال صاحب الجواهر : « ان مورد الرواية الترك والاعراض ، لا خصوص الاعراض ، ولا خصوص الترك » .

أما تملك الآخذ للشيء الذي اعرض عنه صاحبه فيدل عليه صراحة قول الإمام « هي له ، ولا سبيل للمالك الأول عليها ، وهي مثل الشيء المباح » .. ومن ملكية الثاني الذي حاز العين نستكشف زوال ملكية الأول عنها ، وإلا لزم اجتماع ملكين على شيء واحد ، وبديهة ان اجتماع المثلين محال ، كاجتماع الضدين .. ولكن لا بد من الجزم واليقين بأن الأول اعرض وصرف النظر،ومع الشك في انه اعرض او لم يعرض تبقى العين على ملكه ، حتى ولو تركها،لأن الترك اعم من الأعراض، كما صرح بذلك صاحب الجواهر أكثر من مرة في باب اللقطة .

وإذا زالت ملكية الأول عن العين التي اعرض عنها صاحبها، وثبتت ملكية الثاني لها بالحيازة بحكم الإمام وقوله : « هي له ولا سبيل للأول عليها » ، إذا كان كذلك لا يبقى موضوع للضمان لو طالب بها المالك الأول . قال صاحب الجواهر في باب اللقطة عند كلامه عن القسم الثاني ، وهو التقاط الحيوان ، قال ما نصه بالحرف : « اما عدم الضمان ، فلا ريب فيه ولا إشكال ضرورة ظهور الأدلة في تملكه المنافي للضمان »[1] .

واللُقَطة بضم اللام ، وفتح القاف هي لغة وعرفاً كل مال ضائع ، اخذ ولا يد لأحد عليه . ولكن توسع الفقهاء في معناها : وعمموها للملقوط الآدمي ، حيث قسموا الشيء الملقوط الى ثلاثة أقسام : انسان، وحيوان ، ومال غير حيوان ، ولكل من هذه الثلاثة أحكام تخصه ، ويسمى الآدمي الملقوط لقيطاً ومنبوذاً ، لأن أهله تركوه ونبذوه خوف

---

١ من احب التوسع في مسألة الاعراض فليرجع الى المجلد السادس والاخير من كتاب الجواهر باب اللقطه القسم الثاني ، واول كتاب نخبة الاحاديث للشيخ الكرباسي ، ورأينا الذي اوضحناه مع دليله يتفق مع صاحب الجواهر .

الفقر والعار ، وسنتكلم عن كل واحد من هـــذه الثلاثة بعنوان مستقل تجنباً للاشتباه والخلط بينها .

وفي اللقطة روايات كثيرة عن أهل البيت (ع) ، منها قول الامام الصادق (ع) : تُعرّف سنة قليلاً كان – المال – أو كثيراً ، وما دون الدرهم فلا يعرف .

الطفل اللقيط

الصبي المنبوذ :

أشرنا فيما تقدم ان الضائع قد يكون انساناً ، وقد يكون حيواناً ، أو مالاً غير حيوان ، ونتكلم هنا عن الانسان الضائع ، ومتى يصح التقاطه ، وتثبت عليه للملتقط ولاية الحفظ والحضانة والانفاق .

وقبل كل شيء ينبغي التنبيه إلى ان المراد باللقيط الذي يجوز التقاطه، وتترتب عليه الاحكام هو الذي نبذه أهله ، ورموه وأعرضوا عنه لسبب من الأسباب ، ولذا سمي منبوذاً ، أما الصبي الضائع الذى لم ينبذه أهله فلا يجوز التقاطه بالمعنى المصطلح ، بل يسلم الى أهله ، فإنهم اولى الناس بحفظه ورعايته ، ولا يجوز ان يتقدمهم أحد في ذلك ، وكذا الصبي المنبوذ إذا عرفنا له كافلاً ، كالأب والجد والأم ، وغيرهم ممن له الحق في حضانته ، فانه يعطى لكافله وحاضنه ، وان امتنع ألزم به قهراً عنه ، بل لو التقطه شخص ، ثم نبذه ، فأخذه آخر ألزم الأول به ، قال صاحب الجواهر :

« لو كان للطفل اب او جد او ام او غيرهم ممن تجب عليه حضانته أجبر الموجود منهم على اخذه ، لعدم كونه لقيطاً ، ضرورة وجود

الكافل له ، وعدم صدق كونه ضائعاً عرفاً ، وكذا لو سبق اليه ملتقط ، ثم نبذه فأخذه آخر ألزم الأول به ، لتعلق الحكم به ، ولا دليل على سقوطه عنه بنبذه » .

اذن اللقيط هو الذي اجتمع به امران : النبذ ، وعدم الكافل، فإذا وجد الكافل ، حتى ولو كان ملتقطاً فلا يصح التقاطه .. بقي شيء ، وهو هل يصح التقاط كل منبوذ لا كافل له ، مميزاً كان ، او غير مميز ؟

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على جواز التقاط الصبي غير المميز ، بل أوجبوه وجوباً كفائياً إذا كان في معرض التلف والهلاك ، يسقط عن الكل إذا قام به البعض ، ويأثم الجميع إذا علموا به ، وقدروا على التقاطه ، وتركوه ، اما اذا لم يُخف عليه التلف والهلاك فيستحب التقاطه .

وأيضاً اتفقوا على عدم جواز التقاط البالغ العاقل ، لاستقلاله بنفسه، وانتفاء الولاية عليه .. اجل ، يجب اسعافه إذا كان في معرض الهلاك، تماماً كإنقاذ الغريق ، واطعام الجائع المضطر .. ولكن وجوب الاسعاف شيء واجراء أحكام الالتقاط عليه شيء آخر .

واختلفوا في جواز التقاط الصبي المميز ، فقال جماعة من الفقهاء : لا يجوز التقاطه ، لأنه لا يسمى لقيطاً في نظر العرف ، ولأنه في غنى عن الحضانة والتعهد ، فكان كالبالغ في حفظ نفسه ، وقال آخرون ، منهم صاحب الجواهر : يجوز التقاطه ، وتجري عليه احكام اللقيط ، لأنه في حاجة الى التربية والتعهد ، وان كان محفوظاً في نفسه .

وكل من الدليلين يصادر الآخر ، ولا يقدم الحجة .. والحق ان المميز غير البالغ والمجنون لا يجوز التقاطها ، ولا يجري على احدهما حكم اللقيط ، لأن الالتقاط يقتضي الولاية الشرعية للملتقط على اللقيط في الحفظ والتربية ، والأصل عدم ولاية انسان على انسان ، أو عدم تأثير

الالتقاط وايجابه للولاية ، أما افتقار الصبي المميز والمجنون الى من يرعى مصالحها فحق ، ولكن الحاكم الشرعي هو الذي ينصب من يباشر ذلك دون غيره .

أجل ، إذا ضاع المجنون أو المميز وجب من باب الحسبة على من رآه ان يبلّغه مأمنه ، بل يجب ذلك، حتى ولو كان الضائع بالغاً عاقلاً .. ولكن هذا شيء ، والالتقاط شيء آخر .

وبالاجمال ان احكام اللقيط تتبع صدق هـذا الاسم ، لأن الاحكام تبع للأسماء ، وليس كل ضائع ، ولا كل من يحتاج الى اسعاف يقال له لقيط ، والذي يصدق عليه هذا الاسم يقيناً هو الطفل غير المميز الذي نبذه أهله ، ولا نعلم مكانهم ، أما غيره فنشك في صدق اسم اللقيط عليه ، والأصل العدم .

وتجدر الاشارة الى ان اللقيط لا يجب تعريفه، كما هو الشأن في غيره .

الملتقط :

ينقسم الملتقط باعتبار الشيء الملقوط إلى من يلتقط آدمياً ، وحيوانياً، ومالاً ، والمراد به هنا خصوص من يلتقط الصبي الضائع المنبوذ الذي لا كافل له ، ويشترط فيمن يلتقطه ما يلي :

١ ـ ان يكون بالغاً عاقلاً ،لأن للملتقط نوعاً من الولاية على اللقيط وليس للصبي والمجنون الأهلية لشيء منها ، بل هما في حاجة إلى من يتولى أمرهما .

٢ ـ ذهب المشهور بشهادة صاحب مفتاح الكرامة إلى انه يشترط في الملتقط ان يكون مسلماً إذا كان اللقيط محكوماً باسلامه ، كما لو التُقط من مكان فيه مسلم يمكن تولده منه ، لأن الالتقاط يجعل للملتقط نوعاً من الولاية على اللقيط : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » ـ

النساء ١٤٠ » . ولأنه لا يؤمَن ان يحمله الملتقط على ما يدين به ، وعليه فإذا التقطه غير مسلم انتزع منه .

أما إذا لم يكن اللقيط بحكم المسلم ، كما لو التُقط من بلد لا مسلم فيه فيجوز أن يلتقطه المسلم وغير المسلم .

٣ ـ قال جماعة من الفقهاء : يشترط في الملتقط الرشد ، وقال آخرون : ليس الرشد بشرط ، وان للسفيه ان يلتقط الصبي المنبوذ .

ونحن مع القائلين بشرط الرشد،لأن الالتقاط يستدعي التصرف المالي، وهو الانفاق على الملتقط ، والسفيه ممنوع عنه .

ولاية الملتقط :

إذا توافرت الشروط في اللقيط والملتقط تثبت الولاية للثاني على الأول، والولاية هنا هي ان الملتقط أحق وأولى الناس جميعاً بحفظ الطفل ورعايته وحضانته وتربيته وتنشئته ، حتى يبلغ ويملك أمره ، لا يزاحمه أحد في ذلك إلا إذا ظهر من له حق الولاية والحضانة عليه ، كأحد الأبوين ، او الأجداد : أو الأقارب الذين تنتقل اليهم الحضانة عند عدم الأبوين والأجداد ، حيث يخرج الطفل مع وجود واحد من هؤلاء عن عنوان اللقيط الذي لا كافل له .

واذا عجز الملتقط عن حضانة الطفل ورعايته بالمعروف سلمه إلى الحاكم لأن العجز يسقط التكليف ، والحاكم ولي من لا ولي له .

وإذا تزاحم اثنان على التقاط الطفل قُدِّم السابق ، ومع عدمه يقدم الأصلح للطفل ، ومع التساوي في الشروط والمصلحة يقرع بينهما ، فمن خرج اسمه كان هو المستحق،قال تعالى : « وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ـ آل عمران ٤٤ » . والقاء الأقلام هو القرعة بالذات .

واللقيط حر ، فإذا بلغ ملك أمره ، ولا سبيل لأحد عليه ، قال الإمام الصادق (ع) : « اللقيط لا يشترى ولا يباع .. فإن أحب ان يوالي غير الذي رباه والاه » .

أي ان اللقيط بعد بلوغه إذا أحب ان يتخذ ولياً بضمان الجريرة[1] يرث كل منهما الآخر كان له ذلك ، قال صاحب الجواهر : « لا ولاء للملتقط على اللقيط ، بل هو سائبة – أي لا سلطان لأحد عليه – يتولى من شاء .. والاجماع على ذلك ، للأصل والنصوص ،وحصر الولاء في المعتق بقول الامام (ع) : انما الولاء لمن اعتق » .

الانفاق على اللقيط :

أجمعوا على ان الملتقط لا تجب عليه نفقة اللقيط ، فان كان له مال ، كما لو وُجد المال مشدوداً في ثيابه ،أو تحته أو فوقه أو إلى جانبه انفق عليه من ماله بإذن الحاكم ، إذ لا ولاية للملتقط إلا في الكفالة والحضانة. تماماً كالأم التي تملك الحضانة دون الانفاق مع وجود الاب ،فان تعذر الرجوع الى الحاكم أو وكيله انفق عليه بالمعروف .. وإذا لم يكن للقيط مال فنفقته من بيت المال ،فان تعذر يستعين الملتقط بالمحسنين ، فان تعذرت الاستعانة بهم انفق الملتقط من ماله ،ورجع بما انفق على اللقيط بعد بلوغه ويساره إذا لم ينوِ التبرع ، قال الامام الصادق (ع) : المنبوذ حر ، فاذا كبر فان شاء توالى الذي التقطه ، وإلا فيرد عليه النفقة . وسئل عن اللقيطة؟ فقال : لا تباع ولا تشرى ، ولكن تستخدمها بما انفقت عليها .

---

1 اذا لم يكن للانسان وارث فله ان يتعاقد مع آخر مثله لا وارث له ، ويقول له : دمك دمي وثأرك ثأري ، اعقل عنك ، اي اتحمل دية جنايتك ، وتعقل عني ، وترثني وارثك ، فاذا تم بينهما هذا التعاقد سمي كل منهما ضامناً لجريرة الآخر ، ويكون اولى بميراث صاحبه من بيت المال .

الاقرار ببنوة اللقيط :

كل من أقر ببنوة طفل مجهول النسب ، وأمكن تولده منه دون ان يعارضه أحد في ذلك يؤخذ باقراره ، ويعطى الطفل اليه بلا بينة، سواء أكان الطفل لقيطاً أو غير لقيط ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف أجده ، ولعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز ، ولقول الامام (ع): « اذا اقر الرجل بالولد ساعة لم ينف عنه أبداً » .

وأيضاً يؤخذ باقرار المرأة بلا بينة إذا ادعت بنوة طفل مجهول النسب، مع امكان تولده منها ، وإذا ادعاه اثنان في آن واحد ، ولا بينة لاحدهما اقرع بينهما ، واذا كان احد المتداعين هو الملتقط فلا يقدم قوله على غيره ، لأن اليد امارة على الملك لا على النسب .

لقطة الحيوان

الكراهية :

الحيوان الضائع يسمى ضالة ، ويجوز التقاطه على كراهية ، لقول الرسول الأعظم (ص) : لا يأوي الضالة إلا الضال ، وعن الامام الصادق (ع) ان علي بن الحسين (ع) كان يقول لأهله : لا تمسوا الضالة .

وترتفع الكراهية إذا كانت الضالة في معرض الهلاك ، بل التقاطها ، والحال هذي ، أفضل من تركها ، وبه يشعر حديث : « هي لك ، أو لأخيك ، أو للذئب » حيث يومىء إلى الترغيب في أخذها خشية ان يأكلها الذئب ، إذ المعنى انك ان أخذتها ولم تعرف لها مالكاً بعد التعريف والبحث تكون لك ، وان عرفته فقد حفظت مال أخيك ، وسلمته اليه ، وان تركتها أكلها الذئب .

الأقسام :

١ ـ ان يوجد في العمران ، أي المحل المأهول ، وذهب المشهور بشهادة صاحب مفتاح الكرامة إلى ان هذا الحيوان لا يجوز أخذه ، ووضع

اليد عليه ، سواء أكان كبيراً يحفظ نفسه من صغار السباع ، أو صغيراً يعجز عن ذلك ، لأن الأصل عدم جواز الاستيلاء على مال الغير ، ولأن الحيوان محفوظ في العمران ، فإن أخذ منه ضمن الآخذ ، لأنه غاصب .. أجل ، لو كان في معرض التلف ، لمرض أو نحوه جاز أخذه بنيـة الحفظ لصاحبه ، فإن عرفه سلمه اليـه ، وإلا فإلى الحاكم ، لأنه ولي الغائب ، وإذا أهمله ، ولم يتعرض له ، بل تركه حتى هلك فلا ضمان ولا اثم عليه ، لأنه ليس نفساً محترمة يجب حفظها وانقاذها ، كما هو الشأن في الانسان .

وتسأل : ان حفظ مال الغير تعاون على البر والتقوى ، والله سبحانه قد أمر بهذا التعاون ، والأمر يدل على الوجوب ، وعليه فمن تركه فهو آثم ؟

والجواب : ان الأمر بالتعاون على البر ليس واجباً اطلاقاً ، ولا مستحباً كذلك ، بل يختلف وجوباً واستحباباً باختلاف موارده ، فيجب كفاية ان كان فيه حفظ نفس محترمة ، ويستحب في حفظ مال الغير ، وما اليه .

٢ ـ ان يوجد في غير العمـران ، وان يكون من نوع الحيوانات التي تحفظ نفسها من صغار السباع ، كالبعير والفرس والجاموس والثور ، ان كان كذلك فلا يجوز أخذه ووضع اليد عليه ان كان صحيحاً ، وان لم يكن في ماء وكلأ ، أو كان غير صحيح ، ولكنه في ماء وكلأ يتمكن منها ، قال صاحب الجواهر :

« بلا خلاف أجده ، فقد سئل الامام (ع) عن البعير ؟ فقال للسائل ما لك وله ؟ خفه حذاؤه ، وكرشه سقاؤه ، خل عنه[1] ؟ فمن أخذه

---

[1] النص مختص بالبعير ، ولكن الفقهاء عموه الى كل حيوان لا خوف عليه من الهلاك ، قال صاحب مفتاح الكرامة : « المستفاد من النصوص ان وجه الحكم في جواز التقاطه وعدمه انما هو الامن من تلفه بامتناعه من صغار السباع وعدمه » . استفاد الفقهاء ذلك من فحوى خفه حذاؤه ، وكرشة سقاؤه .

في صورة عدم الجواز كان ضامناً بلا خلاف ولا اشكال ، لعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي ، مع عدم الاذن من الشارع ، أو المالك .. وإذا رده إلى محله الذي كان فيه لا يبرأ من الضمان .. أجل ، إذا سلمه إلى صاحبه،أو إلى الحاكم إذا لم يعرف له صاحباً يبرأ من الضمان قطعاً ».

٣ – للحيوان الذي يحفظ نفسه ثلاث حالات باعتبار جواز الأخذ وعدمه . الاولى ان يكون سليماً وفي فلاة لا ماء فيها ولا كلأ ، الثانية غير سليم ، ولكنه في ماء وكلأ ، وأشرنا في الرقم السابق الى حكم هاتين الحالتين ، وانه لا يجوز أخذه ، الثالثة غير سليم وفي غير ماء وكلأ ، ونتكلم الآن عن هذه الحال ، وقد عبر الفقهاء عنها بمن ترك بعيراً ، أو ما يلحق به لضعفه وعجزه عن متابعته ، تركه في فلاة لا ماء فيها ولا كلأ ، وأجمعوا الا من شذ بشهادة صاحب الجواهر على جواز أخذه وتملكه ، وعدم ضمان الآخذ ، كما هو مقتضى التملك . وفي ذلك روايات عن أهل البيت (ع) ، منها قول الامام الصادق (ع) : ان امير المؤمنين علياً (ع) قضى في رجل ترك دابته من جهد ، قال : ان تركها في ماء وكلأ من غير خوف فهي له ، يأخذها – المالك – حيث اصابها ، وان كان تركها في خوف ؟ وعلى غير ماء وكلأ فهي لمن أصابها .

فقوله هي لمن اصابها صريح في الدلالة على تملك الواجد لها ، قال صاحب الشرائع والجواهر :

« لو ترك البعير عن جهد في غير ماء وكلأ جاز اخذه ، لأنه كالتالف ، ويملكه الآخذ ، ولا ضمان ، لأنه كالمباح ، وكذا الدابة – أي الفرس – والبقرة والحمار ، اذا ترك من جهد في غير كلأ أو ماء .. أما عدم الضمان فلا خلاف فيه ولا اشكال ضرورة ظهور الأدلة في تملكه المنافي للضمان معه .. بل في التنقيح الاجماع عليه ، قال – أي صاحب التنقيح – لو اخذ الجائز آخذ فهو له ، ولا يجب عليه دفع

قيمته للمالك لو ظهر ، وان أقام بينة ، أو صدقه الملتقط اجماعاً » .

ثم ان البعير وما يلحق به لا يجب تعريفه ، بل يجوز التقاطه، وتملكه من غير تعريف إذا اجتمع الشرطان : الأول ان يتركه صاحبه من جهد، الثاني ان يكون الترك في غير ماء وكلأ ، واذا انتفى أحد الشرطين ، كما لو تُرك من غير جهـد ، أو من جهد ، ولكن في ماء وكلأ فلا يجوز اخذه . قال صاحب مفتاح الكرامة : « ان البعير وما ضاهاه اما حرام الأخذ ، واما جائز بلا تعريف » .

٤ ــ أجمعوا بشهادة صاحب الجواهر ، وصاحب التذكرة على ان من وجد شاة في فلاة فله ان يأخذها ، لأنها لا تمتنع من صغار السباع، فكانت بحكم التالفة .

والحق المشهور بشهـادة صاحب المسالك بالشاة كل ما لا يمتنع من صغير السباع ، كأطفال الابل والخيل والحمير والدجاج والأوز .. وإذا أخذها الواجد كان مخيراً بين ان يحفظها عنده امانة شرعية ، وبين ان يدفعها الى الحاكم ، وبين ان يتملكها بعد التعريف .

ويدل على هذا التخيير ان الشاة وما اليها لقطة فله ان يتملكها، وان يبقيها أمانة في يده ، وان يدفعها الى الحاكم ، لأنه نائب الغائب، ومنصوب للمصالح ، فان حفظها للمالك ، ثم تلفت دون تعد أو تفريط فلا ضمان عليه ، لأنه أمين محسن ، إذ المفروض انه مأذون بالأخذ ، وكـذا لو سلمها الى الحاكم ، لأنه كالتسليم الى المالك ، أما إذا تملكها فيضمن ان ظهر صاحبها ، وطالب بها ، وإلا فلا شيء على الملتقط ، فقد روي عن الامام (ع) ان جده رسول الله (ص) سئل عن رجل أصاب شاة في الصحراء ، هل تحل له ؟ فقال للسائل : « هي لك ، أو لاخيك ، أو للذئب ، فخذها وعرفهـا حيث اصبتها ، فان عُرِفت فردها الى صاحبها ، وان لم تعرف فكلهـا ، وأنت ضامن لها ان جاء صاحبها يطلب ثمنها ان تردها عليه » .

فقوله : « انت ضامن ان جاء صاحبها » يدل بالمفهوم ان صاحبها ان لم يجيء فلا ضمان، ويؤيد هذا قول الامام الصادق (ع) في صحيحة الحلبي : « فإن جاء لها طالب ، والا فهي كسبيل ماله » .. وهذه الصحيحة حجة على صاحب الجواهر ، حيث قال : هو ضامن على كل حال ، جاء صاحبها ، أو لم يجيء ؟ لأن مجيئه شرط للرد عليه ، لا لأصل الضمان ، وان مثل لقطة الشاة، تماماً كالدين يؤديه للمالك إذا جاء، وان يئس منه فحكمه حكم مجهول المالك ، أي يتصدق بها عن المالك[1] .

تعريف الشاة :

هل يجب تعريف الشاة ، وما اليها ؟

سبق ان البعير لا يجب تعريفه ، أما الشاة وما يلحق بها فللفقهاء في وجوب تعريفها قولان ، فمن قائل بعدم وجوبه، لأن الأدلة التي أوجبت التعريف منصرفة الى لقطة الأموال غير الحيوان ، وقال آخرون ، ومنهم صاحب الجواهر بوجوبه ، لقول الامام (ع) : « لا يأكل الضالة إلا الضالون إذا لم يعرفوها » . والشاة أظهر أفراد الضالة .. وهؤلاء الذين أوجبوا التعريف قالوا : لا بد قبل ان يتصرف الملتقط بالشاة ونحوها ان يحفظ أوصافها كاملة ، حتى إذا جاء صاحبها ، وأقام البينة على ملكيته وفقاً للأوصاف دفع اليه قيمتها .

---

1 ما قاله صاحب الجواهر من الضمان على كل حال هو المشهور ، ولكني لم اطمئن الى مستند الشهرة ، ويظهر من السيد الحكيم عدم الركون اليه ايضاً ، ولكنه توقف ، ولم يحكم بالضمان ولا بالعدم، قال في منهاج الصالحين ج٢ باب اللقطة ما نصه بالحرف : « المشهور ان يضمنها بقيمتها ، وقيل : لا يضمن، بل عليه دفع القيمة اذا جاء صاحبها من دون اشتغال ذمته بمال، وكلاهما محل اشكال » . وقوله دون اشتغال ذمته بمال اشارة الى الفرق بين الضمان والغرامة، فان الضمان ان يثبت المال في ذمة الملتقط قبل مجيء المالك ومطالبته ، اما الغرامة فأعم، حيث تصدق على دفع العوض للمالك عند المطالبة دون ان تشتغل الذمة من قبل .

الملتقط :

قدمنا في فصل « الطفل اللقيط » انه يشترط فيمن يلتقط الصبي البلوغ والعقل والرشد والاسلام إذا كان الصبي محكوماً بإسلامه ، لأن التقاطه يوجب للملتقط نوعاً من الولاية على اللقيط . وبديهـة ان فاقد الأهلية يحتاج إلى من يتولى أمره .. أما من يلتقط الحيوان فلا يشترط فيه شيء من ذلك ، لأن التقـاطه مجرد اكتساب للمال ، وهو يصح من العاقل والمجنون ، والكبير والصغير ، والرشيد والسفيه ، والمسلم وغير المسلم ، ولذا قال كثير من الفقهاء : « لا يشترط في الآخذ إلا الأخذ » أي لا يشترط في هذه اللقطة شيئاً زائداً على الالتقاط .

ولكن الولي ينتزع الضالة من يد الصغير والمجنون والسفيـه كما هو الشأن في سائر أموالهم ، ويتولى الوظيفة المطلوبـة من التعريف ، وما تستدعيه مصلحة القاصر من تملكه للضالة ، وتضمينه اياها ، أو ابقائها أمانة شرعية لصاحبها ، أو دفعها الى الحاكم ، قال صاحب الجواهر : « لا خلاف في شيء من ذلك » .

مسائل :

١ – ليس من اللقطة ما يدخل البيوت من الطيور الدواجن، كالدجاج والحمام ، بل هو من مجهول المالك يبحث صاحب البيت عن المالك في مظان وجوده ، وبعد اليأس منه يتصدق به ، او بثمنه عن المالك .

٢ – إذا صار الحيوان أهلياً ، كالغزال ، ثم نفر الى البرية والجبال، وامتنع على صاحبه فلا يجوز لأحد التقاطه ، ولا صيده ، لأنه مملوك ، والامتناع لا يخرجه عن الملك ، وكذا الطير .

٣ – سبق في أول هذا الفصل ان الحيوان لا يجوز التقاطه من العمران،

واستثنى المشهور بشهادة صاحب الجواهر ، ومفتاح الكرامة ، استثنوا الشاة وقالوا : يجوز التقاطها من العمران، وعلى الملتقط ان يحتبسها عنده ثلاثة ايام ، ويسأل عن صاحبها،فإن لم يجده باعها،وتصدق عنه بثمنها، لقول الامام الصادق (ع) : « جاءني رجل من أهل المدينة ،فسألني عن رجل أصاب شاة ؟ فأمرته ان يحبسها عنده ثلاثة ايام ، ويسأل عن صاحبها ، فإن جاء ، وإلا باعها ، وتصدق بثمنها . »

قال صاحب الجواهر : « هذا الخبر ضعيف، وغير خاص بالعمران إلا انه منجبر بفتوى كبار الفقهاء .. بل نسبه غير واحد إلى الشهرة ، بل إلى الفقهاء مشعراً بالاجماع » .

لقطة المال

معناها :

سبق ان معنى اللقطة لغة وعرفاً كل مال ضائع أخذ ، ولا يد لأحد عليه، وان الفقهاء توسعوا فيها ، وعمموا اللقطة إلى التقاط الآدمي المعبر عنه باللقيط ، وقسموها اليه ، وإلى لقطة الحيوان ، ولقطة المال،وتقدم الكلام عن اللقيط ، ولقطة الحيوان ، ونتكلم في هـذا الفصل عن لقطة المال .

وبديهة ان اللقطة لا تتحقق الا بالأخذ والالتقـاط ، فلو ان انساناً رأى مالاً ضائعاً ، فأخبر به آخر، فالتقطه كان هو الملتقط دون الرائي المخبر .

والفرق بين اللقطة ، وبين المال المجهول المالك ان اسم الضياع ينطبق على الأولى دون الثاني .. ويتفرع على هذا انك اذا رأيت شيئاً فظننته لك ، وبعد ان أخذته تبين انه لغيرك ، فإن عرفت صاحبه رددته اليه، وان لم تعرفه ، فإن صدق عليه اسم الضائع ، كما لو رأيته في الطريق أو في فلاة فهو لقطة ، واذا لم يصدق عليه اسم الضائع، كما اذا كنت جالساً الى رجل تجهل هويته ، وأمامه « علبة » سجاير — مثلاً —

فأخذتها ظاناً انها لك ، ثم تبين انها للجليس المجهول لديك ، اذا كان كذلك فالعلبة من المال المجهول المالك ، لا من اللقطة .

بين لقطة الحرم وغيرها :

اختلف الفقهاء في المال الضائع في الحرم – أي مكة المكرمة – هل يجوز التقاطه ؟ وأصح الأقوال القول الذي فصل بين التقاطه بنية التملك وبين التقاطه بنية الانشاد والبحث عن صاحبه ، فمنع الأول وأباح الثاني ، لقول الرسول الأعظم (ص) : « لا تحل لقطتها – أي مكة – الا لمنشد » أي لمن يُعرّف عنها ، وينشد صاحبها. وسأل الفضل بن يسار الامام الصادق (ع) عن الرجل يجد اللقطة في الحرم ؟ قال : لا يمسها ، وأما أنت فلا بأس ، لأنك تعرّفها .

فتعليل الامام بقوله : لأنك تعرّفها يدل على ان كل من أراد اخذها بنية الانشاد والتعريف جاز له ذلك ، حتى ولو كان المال كثيراً .. وإذا أخذ المال من الحرم بقصد التملك فعليه أن يُعرفه حولاً كاملاً ، فان لم يعرف له صاحباً تصدق به ، فإذا جاء صاحبه بعد التصدق دفع اليه البدل من المثل أو القيمة ، فقد سئل الامام (ع) عمن وجد ديناراً في الحرم فأخذه ؟ قال : بئس ما صنع ، ما كان ينبغي له ان يأخذه . قال السائل : قد ابتلي بذلك . قال الامام : يعرفه سنة . قال السائل: قد عرفه ، فلم يجد له ناعتاً . قال الامام : يرجع الى بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين ، فان جاء طالبه فهو له ضامن .

أما لقطة غير الحرم فتجوز على كراهية ، قال الامام الصادق (ع) : أفضل ما يستعمله الانسان في اللقطة إذا وجدها ان لا يأخذها ، ولا يتعرض لها ، فلو ان الناس تركوا ما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه .

أقل من درهم :

إذا كانت اللقطة في غير الحرم ، وقيمتها دون الدرهم - أي تعادل ليرة لبنانية على التقريب - جاز تملكها من غير تعريف اجماعاً ونصاً ، ومنه قول الامام الصادق (ع) : « ان كانت اللقطة دون الدرهم فهي لك،لا تعرّفها » . وقال : لا بأس بلقطة العصا ، والشظاظ - هي قطعة من خشب تستعمل في شد الاحمال - والوتد والعقال وأشباهه .. ليس لهذه طالب .

فان الغالب ان تكون قيمة هذه الأشياء دون الدرهم ، وقوله: ليس لها طالب اشارة إلى ان المالك يعرض عنها ، ولا يطلبها بحسب العادة .

وذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر ، ومفتاح الكرامة الى ان الملتقط اذا نوى تملك ما لا تبلغ قيمته درهماً ، ثم ظهر صاحبه فلا يجب رده عليه لا عيناً ولا بدلاً ، لأن قول الامام « هي لك لا تعرفها » صريح في التملك . وقال جماعة من الفقهاء يرد العين ان كانت قائمة ، ولا يرد بدلها ان كانت هالكة .

درهم فأكثر :

اذا كانت اللقطة في غير الحرم ، وكانت درهماً أو أكثر عيناً أو قيمة عرفها الملتقط حولاً ان لم يعلم بعدم الجدوى من التعريف ، وبعده يتخير بين امور ثلاثة :

١ - ان يتملكها وعليه ضمانها ، أي اذا حضر المالك دفعها اليه ان كانت قائمة ، ودفع بدلها ان كانت تالفة ، وليس له ان يتملكها قبل تعريف الحول ، فلو نوى التملك قبل مضي الحول ضمنها ، ولو مع عدم التعدي أو التفريط ، لأنه كالغاصب . قال صاحب الجواهر :

« لا اشكال في استفادة جواز تملكها بعد التعريف من النصوص، مضافاً الى الاجماع » . من هذه النصوص قول الامام الصادق (ع) : « تعرفها – أي اللقطة – سنة ، فإن وجدت صاحبها ، والا فأنت أحق بها ». أي .. ان لم يأت صاحبها فلا شيء عليك، ويؤكد ذلك قول الامام في رواية أخرى : « هي كسائر ماله » .

٢ – ان يتصدق بها الملتقط عن المالك ، ولكن اذا حضر المالك ، ولم يقر الصدقة عنه فعلى الملتقط ان يدفع عوضها من المثل أو القيمة ، فعن الامام الصادق (ع) : يعرفها حولاً ، فإن أصاب صاحبها ردها عليه ، والا تصدق بها ؛ فإن جاء صاحبها بعد ذلك خيّره بين الأجر – أي بين امضاء الصدقة – وبين الغرم ؛ فإن اختار الأجر فله الأجر وان اختار الغرم فله الغرم . قال صاحب مفتاح الكرامة : « الضمان مع الصدقة اذا كره المالك لم يختلف عليه اثنان فيما أجد »..وتجدر الاشارة إلى أنه إذا لم يجيء صاحبها فلا شيء عليه .

٣ – ان يبقيها الملتقط في يده أمانة شرعية لمالكها،وعليه فلا يضمنها إلا مع التعدي أو التفريط، كما هو شأن الأمانات الشرعية . قال صاحب المسالك : « يبقيها في يده أمانة في حرز أمثالها ، كالوديعة ، فلا يضمنها إلا مع التعدي أو التفريط ، لأنه محسن الى المالك بحفظ ماله وحراسته، فلا يتعلق به ضمان ، لانتفاء السبيل على المحسن » .

ما يسرع اليه الفساد :

إذا التقط ما يسرع اليه الفساد ، كاللحم والخبز والفاكهة والخضار فالملتقط بالخيار بين ان يتملكه بالقيمة ، ويأكله ، وبين ان يبيعه ، ويحفظ ثمنه أمانة شرعية لصاحبه ، وعليه ان يحفظ الخصوصيات والصفات التي عليها اللحم وما اليه قبل ان يأكل أو يبيع ، ثم يعرفه سنة ، مع

عدم اليأس من جدوى التعريف ، فان جـاء المالك دفع الثمن اليه ان باع ، والقيمة يوم الأكل ان أكل ، وان لم يجيء فلا شيء عليه .

ويدل على جواز الأكل بعد التقويم ما روي عن الامام الصادق(ع) ان أمير المؤمنين علياً (ع) سئل عن سفرة وجدت مطروحة في الطريق، كثير لحمها وخبزها وجبنها ، وفيها سكين ؟ قال : يُقوَّم ما فيهـا، ويُؤكل ، لأنه يفسد ، وليس له بقـاء ، فان جاء طالبها غرموا له الثمن . قال السائل : يا أمير المؤمنين لا يُدرى أسفرة مسلم ، أو سفرة مجوسي ؟ قال : هم في سعة ، حتى يعلموا .

أما جواز بيع الطعام فلأنه قد ابيح اكله للملتقط فيباح لـه بيعه ، وكذا يجوز للملتقط ان يسلم الطعـام أو ثمنه للحاكم الشرعي باعتباره ولي الغائب .

الملتقط :

ملتقط المال تماماً كملتقط الضالة لا يشترط فيه العقل ولا البلوغ ولا الرشد ولا الاسلام ، لأن التقاط المال مجرد اكتساب ، وهو يصح من الناقص والكامل على السواء .. ويتولى الأمر عن القـاصر الولي ، فان كانت اللقطة دون الدرهم قصد الولي التملك للقاصر ، وان كانت أكثر تخير بين الأمور الثلاثة المتقدمة .

الكنز :

كل مال يوجد في مكان قفر ، أو خربة باد أهلها ، أو في أرض لا مالك لها ، وحصل الاطمئنان ان المال ليس لأهل هـذا الزمان فهو لمن وجده بلا تعريف ، ولا يجري عليه حكم اللقطـة .. أجل ، يجب

اخراج خمسه، كما تقدم في الجزء الثاني باب الخمس، فقد سئل الامام (ع) عن الورق – أي الدراهم – يوجد في دار ؟ قال : ان كانت معمورة فهي لأهلها ، وان كانت خربة فأنت أحق بما وجدت .

وإذا دلت القرائن والعلامات ان المال لاهل هذا الزمان فهو لقطة يجرى عليه حكمها من التملك بلا تعريف ان كانت دون الدرهم، وإلا وجب التعريف ، ثم التخيير على النحو المتقدم .

في جوف الحيوان والسمكة :

من وجد مالاً في جوف حيوان انتقل اليه من غيره، عرض المال على المالك السابق . فإن لم يتعرف عليه فهو لواجده، وان ادعاه المالك الأول فهو له بلا بينة ، لسبق يده على الحيوان ، ولأن الامام سئل عن رجل اشترى جزوراً ، أو بقرة للأضاحي ، فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم ، أو دنانير ، أو جوهرة ، لمن يكون ذلك ؟ فقال : عرّفْها البائع ، فإن لم يعرفها فالشيء لك ، رزقك الله اياه .

ومن اشترى سمكة فوجد في جوفها لؤلؤة ، وما اليها فهي له ، لانها قد مُلكت بالحيازة ، والمحيز قصد تملكها خاصة لجهله بما في بطنها ، ولكن قصده لتملك السمكة قصد للؤلؤة بالتبع .

طرق الاثبات :

لا تعطى اللقطة لمن يدعي ملكيتها الا مع العلم بأنها له ، أو بشاهدي عدل ، أو بشاهد ويمين ، أو شاهد وامرأتين .

وذهب المشهور بشهادة صاحب مفتاح الكرامة والمسالك الى ان المدعي اذا وصفها ، وظن الملتقط صدقه يجوز أن يدفعها اليه ، ولكنه لا يجبر

على ذلك ، قال صاحب الجواهر : « ان تبرع الملتقط بتسليم اللقطة لمن وصفها لم يُمنع ، وان امتنع لم يجبر » .

واستدلوا على ذلك بما روي عن النبي (ص) انه قال : ان جاء ناعتها ، فعرف عفاصها — أي الخيط الذي ربطت به — وعددها فادفعها اليه . وقول الامام (ع) : ان جاءك طالب لا تتهمه رُده عليه .

والحق ان الوصف ليس بشيء ما لم يحصل منه الاطمئنان بالصدق ، أما النص المذكور فعلى تقدير ثبوته يحمل على ما اذا حصل من الوصف الوثوق والاطمئنان . وعلى هذا ، فإذا دفع الملتقط المال الى الواصف دون أن يطمئن الى صدقه ، ثم جاء آخر ، وأقام بينة شرعية ان اللقطة له فعلى الملتقط الضمان،ولكنه اذا دفع للمالك رجع بدوره على الواصف ، حيث يستقر الضمان عليه ان تلف المال في يده ، وان كانت عينه قائمة انتزع منه، واعطي للمالك .

مسائل :

١ — يسقط التعريف ، مع اليأس من وجدان المالك،لعدم الجدوى .

٢ — اللقطة أمانة شرعية في يد الملتقط مدة التعريف ، لا يضمنها الا مع التعدي او التفريط .

٣ — اذا كان للضالة الملتقطة نماء ، كاللبن والصوف فهو للمالك في زمن التعريف ، وبعده أيضاً ان لم يقصد الملتقط التملك ، وان قصده بعد التعريف فهو له ، لا للمالك .

٤ — يجوز ان يكون الملتقط أكثر من واحد ، وعليه فإن كانت اللقطة دون الدرهم اقتسماها من غير تعريف ، والا تصدى لتعريفها أحدهما أو كلاهما ، أو بتوزيع الحول بينهما ، وبعده يجوز ان يتفقا على

التملك ، أو التصدق ، أو الابقاء أمانة شرعية لصاحبها ، وأيضاً يجوز أن يختار أحدهما غير ما يختاره الآخر .

٥ - إذا مات الملتقط قام ورثته مقامه،فان مات قبل حول التعريف أتموه ، وان مات بعده ، وكان قد قصد تملك المال الملقوط كان كسائر ما ترك ، على شريطة ان يضمنوا للمالك إن وجد ، تماماً كما هي الحال بالنسبة الى الملتقط ، وان مات بعد التعريف ، وقبل ان يقصد التمليك فالورثة بالخيار بين الامور الثلاثة من التملك أو التصدق مع الضمان ، أو إبقاء المال أمانة شرعية لصاحبه ، وان كان الملتقط قد اختـار الامانة لصاحبه تعين على الورثة الالتزام بما اختار مورثهم .

٦ - قال جميل بن صالح : قلت للامام الصادق (ع) : رجل وجد في منزله ديناراً ؟ قال : أيدخل في منزله غيره ؟ قلت : نعم ، كثير. قال : هذا لقطة . قلت : وجـد في صندوقه ديناراً ؟ قال : أيدخل احد يده في صندوقه غيره ، أو يضع فيه شيئاً ؟ قلت : لا ، قال : هو له .

وقد أفتى الفقهاء بهذه الرواية ، وقالوا : إذا وجـد شيئاً في داره لا يعلم : هل هو له ، أو لغيره ينظر : فان وجد في غرفة الاستقبال التي يتردد عليها زائروه فهو لقطة ، وإلا فهو له .

الصيد

الثلث ، أو التصدق ، أو الإبقاء أمانة شرعية لصاحبها ، وأيضاً يجوز أن يختار أحدهما غير ما يختاره الآخر .

٥ – إذا مات الملتقط قام وارثه مقامه، فإن مات قبل حول التعريف أتموه ، وإن مات بعده ، وكان قد قصد تملك المال الملتقط كان كسائر ما ترك ، على شريطة أن يضمنوا لمالكه إن وجد ، تماماً كما هي الحال بالنسبة إلى الملتقط ، وإذا مات بعد التعريف ، وقبل أن يقصد التملك فالورثة بالخيار بين الأمور الثلاثة من التملك أو التصدق مع الضمان ، أو إبقاء المال أمانة شرعية لصاحبه ، وإن كان الملتقط قد اختار الأمانة لصاحبه تعين على الورثة الالتزام بما اختار مورثهم .

٦ – قال جميل بن صالح : قلت للامام الصادق (ع) : رجل وجد في منزله ديناراً ؟ قال : أيدخل في منزله غيره ؟ قلت : نعم ، كثير . قال : هذا لقطة . قلت : وجد في صندوقه ديناراً ؟ قال : أيدخل أحد يده في صندوقه غيره ، أو يضع فيه شيئاً ؟ قلت : لا ، قال : فهو له .

وقد أفتى الفقهاء بهذه الرواية ، وقالوا : إذا وجد شيئاً في داره لا يعلم : هل هو له ، أو لغيره ينظر : فإن وجد في غرفة الاستقبال التي يتردد عليها الزائرون فهو لقطة ، وإلا فهو له .

المعنى :

للصيد معنيان : الأول المعنى الذي يفهمه الناس من لفظ الصيد عند اطلاقه ، وهو محاولة الاستيلاء على الحيوان الممتنع بحسب أصله ، بحرياً كان أو برياً، طائراً ، أو غير طائر ، وهذا الاصطياد جائز اجماعاً ونصاً، ومنه قوله تعالى : « وإذا حللتم فاصطادوا – المائدة ٣ » . وقوله عز من قائل : « احل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة – المائدة ٩٦ » . والمراد بالسيارة المسافرون .. والصيد بهذا المعنى خارج موضوعاً عن هذا الفصل ، ويدخل في باب المكاسب من حيث انه سبب للتملك بالحيازة والاستيلاء .

المعنى الثاني : ان تزهق روح الحيوان بآلة الصيد نفسها ، كالسيف والرمح والسهم ، والكلب ، وما إلى ذاك ، لا بالذبح المعروف المألوف، وهذا المعنى هو المراد والمقصود بالبحث هنا دون غيره .. فالفقهاء في هذا الفصل يتجهون بكلامهم وتحقيقاتهم الى ان الصيد المقتول بسبب اداة من أدوات الصيد : هل هو مذكى ذكاة شرعية يحل أكله تماماً كالمذبوح، أو هو ميتة يحرم اكلها ؟

وقد مهد الفقهاء لذلك بتقسيم اداة الصيد الى قسمين : الأول ما كان من نوع الحيوانات ، كالكلب والفهد والذئب والبازي والصقر والعقاب

والباشق .. الثاني : من نوع الجوامد ، كالسيف والرمح والسهم ، والفخ والشبكة والحبال ، وما اليها ، ثم بينوا حكم الصيد بكل منها على الوجه التالي :

الصيد بالحيوان :

اجمعوا كلمة واحدة بشهادة صاحب الجواهر والمسالك ، وغيرهما على ان التذكية الشرعية تتحقق بصيد الكلب ، مع الشروط الآتية، وان الصيد اذا خرجت روحه بقتل الكلب يحل اكله تماماً كالمذبوح على الوجه المعتبر شرعاً اجماعاً ونصاً ، ومنه قوله تعالى : « يسألونك ماذا أحل لهم قل احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلموهن مما علمكم الله فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه – المائدة ٤ » .. اراد بمكلبين الكلاب المعلمة المدربة على الصيد ، وان مقتولها يحل اكله تماماً كالمذكى بالذبح . وفي معنى الآية الكريمة روايات كثيرة عن أهل البيت (ع) تأتي الاشارة الى بعضها .

واختلف الفقهاء في صيد غير الكلب من الحيوانات، كالفهد والصقر، وما اليها ، فذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر والمسالك إلى ان صيدها ميتة لا يحل أكله اطلاقاً ، حتى ولو كانت معلمة .. واستدلوا على ذلك بالآية المتقدمة ، حيث خصصت الجواز بصيد الكلب المعلم ، وبأن الامام الصادق (ع) سئل عن صيد البزاة والصقور، والكلب والفهد؟ فقال : لا تأكل صيد شيء من هذه إلا ما ذكيتم الا الكلب المكلب – أي المعلم – قال السائل : فإن قتله الكلب ؟ قال الامام : كلْ ، لأن الله عز وجل يقول : وما علمتم من الجوارح مكلّبين تعلموهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه .. ثم قال الامام : كل شيء من السباع تمسك على نفسها إلا الكلاب المعلمة ،

فإنها تمسك على صاحبها .

وفي رواية ثانية وصحيحة بشهادة صاحب الجواهر انه قال : ليس شيء يؤكل منه مكلب – أي معلم – الا الكلب .. وقال : خلاف الكلاب مما يعيده الفهود والصقور وأشباه ذلك فلا تأكل من صيده إلا ما أدركت ذكاته ، لأن الله عز وجل قال : مكلبين،فما خلا الكلاب فليس صيده بالذي يؤكل الا ان تدرك ذكاته .

وكل ما خالف هذا النص فهو شاذ متروك .. اذن ، ما عدا صيد الكلب من الحيوانات لا يحل أكله إلا مع الذبح على الوجه الشرعي .

الشروط :

يشترط في حلّية صيد الكلب ما يلي :

١ – ان يكون معلماً ، والمرجع لتمييزه عن غيره أهلُ الخبرة ، وقال الفقهاء : ان تعليم الكلب يتحقق بارساله اذا أرسله صاحبه ، وبزجره اذا زجره ، وبعدم الاعتياد على أكل ما يمسك من الصيد – في الغالب – والنادر بحكم العدم .

٢ – ان يرسله صاحبه بقصد الصيد ، فلو انطلق الكلب من تلقائه، وأتى بالصيد مقتولاً فلا يحل ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف أجده ، وسئل الامام الصادق (ع) عن كلب افلت ، ولم يرسله صاحبه فصاد ، فأدركه صاحبه ، وقد قتله ، أيأكل منه ؟ قال : لا » .

٣ – ان يكون الصائد الذي يرسل الكلب مسلماً،أو بحكمه كالصبي المميز ، والصبية المميزة ، لأن الارسال نوع من التذكية،ومن شروطها اسلام المذكي .. ولا يصح ارسال الصبي غير المميز ولا المجنون،حيث لا شأن لقصدهما .

٤ ـ ان يسمي الصائد عند ارسال الكلب ، فيقول : اذهب على اسم ، أو بسم الله الرحمن الرحيم ، وما الى ذاك،قال صاحب الجواهر: « الاجماع على ذلك ، والنصوص مستفيضة » . منها قوله تعالى: « فكلوا مما أمسكن عليكم .. واذكروا اسم الله عليه » . وقول الامام الصادق(ع): من أرسل كلبه ، ولم يسم فلا يأكله .

واجمعوا بشهادة صاحب الجواهر على انه لو ترك التسمية نسياناً لا يحرم الصيد ، لقول الامام الصادق (ع) : ان كنت ناسياً فكلْ منه .

وإذا تركها جاهلاً بالوجوب فلا يحل الأكل ، لأن الأصل عدم التذكية بلا تسمية ، خرج النسيان بالنص ، فيبقى ما عداه مشمولاً للاصل ، وسنعود الى شرط التسمية ان شاء الله تعالى في الفصل التالي .

٥ ـ ان يدرك الكلب الصيد حياً ، وان يستند الموت الى جرح الكلب بالذات ، فلو ادركه ميتاً لم يحل ، وكذا اذا ادركه حياً،ولكن مات بسبب آخر ، كما إذا عدا خلفه ، حتى اتعبه ومات من الجهد والاعياء .. وبالاجمال لا بد من العلم بأن ذهاب الروح حصل بسبب جرح الكلب ، ومع الشك في ذلك يحرم اكل الصيد ، لأن الأصل عدم التذكية ، حتى يثبت العكس ، وسئل الامام الصادق (ع) عن الرمية يجدها صاحبها ، أيأكلها ؟ قال : ان كان يعلم ان رميته هي التي قتلته فليأكل ، قال صاحب الجواهر : « المستفاد من النصوص ان المدار على العلم باستناد القتل الى السبب المحلل » . والسبب المحلل هنا هو أداة الصيد ، ومن أجل هذا أفتى الفقهاء بأن الصائد لو أرسل كلبه على الصيد فغاب عن عينيه ، ثم وجد الصيد ميتاً ، والكلب واقف عليه ، افتوا بعدم الحل وتحريم الأكل ، إذ من الجائز ان يكون القتل مستنداً الى غير الكلب .

٦ ـ ان لا يدرك الصائد الصيد حياً مع الكلب ، أو ادركه حياً ،

ولكن على الرمق الأخير ، بحيث لا يتسع الوقت لذبحه ، فاذا اتسع الوقت لذلك ، وأهمل حتى مات فلا يحل اكله .

ثم ان الصائد الذي يرسل الكلب يجوز ان يكون أكثر من واحد ، كما يجوز ان يكون مع الصائد الواحد أكثر من كلب ، فإذا قتلت الكلاب صيداً واحداً يحل أكله ، على شريطة ان يكون كل واحد منها معلماً ، قال الامام الصادق (ع) : اذا وجدت معه كلباً غير معلم فلا تأكل .

واذا أرسل اثنان كلباً واحداً فعلى كل منهما أن يسمي ، فلو سمى أحدهما دون الآخر لم يحل الصيد ، وبالايجاز يشترط في كل من الصائد والكلب ، مع التعدد ما يشترط فيه مع الانفراد .

وتجدر الاشارة الى انه يجب غسل ما عضه الكلب ، تماماً كما يجب غسل غيره من المتنجسات .. أما قوله تعالى : « فكلوا مما أمسكن » فإنه لا يتنافى مع وجوب الغسل ، لأن الآية مسوقة لبيان حكم صيد الكلب وجواز أكله ، لا لبيان الطهارة وعدمها .

الصيد بالآلة :

لا أحد يشك في ان الاصطياد ، ومحاولة الاستيلاء على الصيد جائز شرعاً وعقلاً بكل آلة وأداة حجراً كانت أو بندقية ، أو سيفاً أو رمحاً ، أو شركاً ، أو فخاً ، أو عصا ، أو حفرة ، أو فهداً ، أو ذئباً ، أو صقراً ، أو أي شيء ، وان الصائد اذا ادرك الصيد حياً ذكاه الذكاة الشرعية ، وحل أكله ، سواء أكانت آلة الصيد ملكاً له أو اغتصبها من غيره .. أجل ، عليه أجرة المثل لمالكها ، تماماً كما هو الشأن في الأعيان المغصوبة .. كل هذا محل وفاق ، والتساؤل انما هو عن هذه الأدوات الجامدة، كالسيف والرمح وغيرهما إذا قُتل بها الصيد:

فهل يحل أكله ، بحيث تحصل التذكية الشرعية بقتلها ، تماماً كما تحصل بقتل الكلب .

والجواب يستدعي التفصيل بين أنواع آلات الصيد الجامدة، فإن منها ما له حد يصلح للذبح به ، كالسيف والسكين والخنجر، ومنها ما ينطلق من آلة أخرى ، وله رأس محدد يصلح للقتل بالخرق، كالسهم والنشاب ومنها ما له رأس محدد ، ولا ينطلق بواسطة أداة أخرى ، كالحديدة المحددة المثبتة في رأس العصا ، أو العصا يُبرى رأسها ، حتى يصير محدداً يمكن القتل به طعناً لا ضرباً، ومنها ما لا يصلح للقتل بالحد ، ولا بالطعن ، وانما يقتل بالثقل والعرض ، كالحجر ، والعامود ، والعصا غير المحددة الرأس .

ويحل الصيد المقتول بالنوع الأول والثاني ، أي السيف والسكين والرمح والسهم والنشاب المنطلق عن غيره ، ولا يشترط في واحد منها ان يجرح أو يخرق الصيد ، بل الشرط الأساسي ان يكون القتل مستنداً اليه بالذات ، قال الشهيد الثاني في المسالك ج٢ باب الصيد : « يحل مقتوله ، سواء أمات بجَرحه ، أم لا ، كما لو أصاب معترضاً عند فقهائنا ، لصحيحة الحلبي، قال : سألت الامام الصادق (ع) عن الصيد يضربه بالسيف ، أو يطعنه برمح ، أو يرميه بسهم فيقتله ، وقد سمى حين رماه ، ولم تصبه الحديدة ؟ قال : فإن كان السهم الذي رماه هو قتله ، فإن أراد – الصائد ان يأكله – فليأكله ، وغيرها من الأخبار الكثيرة » .

ومن هذه الأخبار الكثيرة التي أشار اليها الشهيد ان الامام (ع) سئل عن رجل لحق حماراً – وحشياً – أو غزالاً ، فضربه بالسيف ، فقطعه نصفين ، هل يحل اكله ؟ قال : نعم .

أما النوع الثالث ، أي مثل العصا المحددة الرأس ، أو السهم الذي لم ينطلق من آلة ، أما هذا النوع فان خرق اللحم جاز اكل المقتول

به ، ويحرم ان قتل بالثقل والعرض ، قال صاحب المسالك : « يحل مقتوله بشرط ان يخرقه ، وذلك ان يدخل فيه ، ولو يسيراً ، ويموت بذلك ، فلو لم يخرق لم يحل ، فقد روي عن عدي بن حاتم انه قال : سألت رسول الله (ص) عن صيد المعراض[1] ؟ فقال : ان قتل بحده فكلْ ، وان قتل بثقله فلا تأكل ، وروي أيضاً عن الامام الصادق(ع) : إذا رميت بالمعراض فخرق فكلْ ، وان لم يخرق واعترض فلا تأكل» .

أما النوع الرابع ، وهو ما يقتل بالثقل ، كالحجر والعامود ، وما اليه فان مقتوله ميتة لا يحل أكلها ، قال صاحب المسالك : « لا يحل مقتوله مطلقاً،سواء أخدش ، أم لم يخدش ، وسواء أقطع بعض الاعضاء، أم لم يقطع ، فقد سئل الامام الصادق (ع) عما قتل البندق والحجر ، أيؤكل ؟ قال : لا . » والبندق واحده بندقة ، وهي طينة مدورة مجففة ، كالتي يلعب بها الاطفال .

والخلاصة ان ما يقتل بالسيف والسكين والرمح والسهم ، وما اليه مما ينطلق بواسطة فهو مذكى شرعاً يحل اكله ، على أية صورة وقع القتل عرضاً أو خرقاً ، ما دام القتل مستنداً إلى الآلة بالذات ، وأيضاً كل آلة محددة الرأس . حتى العصا إذا كانت كذلك يحل المقتول بها، على شريطة ان يكون القتل خرقاً لا عرضاً . وما عدا ذلك ، كالحجر والعامود والعصا غير المحددة ، والشبكة والفخ والحبال فلا يحل ما يقتل به ، وانما يتخذ للاستيلاء على الصيد ، فإذا أدركه الصائد حياً ذكاه، وأكله ، وإلا فهو ميتة .

الآلة الحديثة :

هل يحل قتل الصيد بالسلاح الحديث « كالبارودة » وما اليها بحيث

---

[1] المعراض خشبة محددة الطرفين ثقيلة الوسط .

يعد القتل به تذكية ، مع اجتماع الشروط ، تماماً كالقتل بالسيف والرمح والسهم ؟

الجواب : ان كل ما يطلق عليه اسم السلاح إذا قتل به الصيد، مع الشروط الشرعية يحل اكله،ويدل عليه قول الامام أبي جعفر الصادق(ع) : « من جرح صيداً بسلاح ، وذكر اسم الله عليـــه ، ثم بقي ليلة أو ليلتين لم يأكل منه السبع ، وقد علم ان سلاحه هو الذي قتله ، فليأكل منه ان شاء » .

فلفظ « سلاح وسلاحه » عام يشمل كل ما ينطبق عليه اسم السلاح .. وفي رواية اخرى ان الامام (ع) سئل عن الرجل يرمي الصيد فيصرعه، فيبتدره القوم ، فيقطعونه ؟ فقال : كلْه .. ورمي الصيد يشمل الرمي بكل سلاح ، لان حذف المتعلق يدل على العموم[1] .

هذا الى اطمئنان النفس بأن مناط الحل السلاح من حيث هو بصرف النظر عن صفاته الخاصة الراجعة الى الفرد والنوع .

وقد أفتى السيد ابو الحسن الاصفهاني بحلّيّة ما قتل « بالبارودة » قال في وسيلة النجاة باب الصيد ما نصه بالحرف : « لا يبعد حلية ما قتل بالآلة المعروفة بالتفنك – أي البارودة – إذا سمى الرامي ، واجتمعت سائر الشروط » .

ومثله في الجزء الثاني من منهاج الصالحين للسيد الحكيم،حيث قال : « لا يبعد حل الصيد بالبنادق المتعارفة في هذه الأزمنة ، ولا سيا اذا

---

١ يمكن ان يلاحظ على الرواية الاولى التي ذكرت السلاح بأن لفظ السلاح ينصرف الى المعنى المعروف في عصر الشارع،وانما يحمل لفظ الشارع على المعنى العرفي في عصرنا اذا لم ينصرف الى المعنى المعهود في عصره .. أما الرواية الثانية فيلاحظ بأن حذف المتعلق فيها لا يدل على العموم ، لأن الروايات التي ذكرت السيف والرمح والسهم مبينة أو مخصصة لها ، ومن هنا قال صاحب الجواهر في أول باب الصيد : ان الاصل عدم التذكية في الصيد المقتول بالسلاح الحديث ، مع علمه بوجود الروايتين .

كانت محددة مخروطة – اي تبدأ غليظة مستديرة ، ثم تدق شيئاً فشيئاً، حتى تنتهي الى النقطة الأخيرة من الدقة ، كرصاصة البارودة – سواء أكانت من الحديد ، أو الرصاص ، أو غيرهما » .
وسبق هذين السيدين وغيرهما الى هذه الفتوى النراقي صاحب المستند عند كلامه في المسألة الخامسة من البحث الثاني باب الصيد .

الشروط :

يشترط لحلية الصيد المقتول بالآلة الجامدة وجواز أكله ، بالاضافة الى ان تكون الآلة سيفاً أو رمحاً أو سهماً،أو محددة الرأس على التفصيل المتقدم – يشترط ما يلي :

١ – اسلام الصائد .

٢ – العقل والتمييز .

٣ – قصد الصيد ، فلو رمى هدفاً ، لغرض غير الصيد، أو أفلت السهم من يده تلقائياً ، فأصاب طائراً ، أو غزالاً من باب الصدفة فقتل فلا يحل أكله ، حتى ولو كان قد سمى وجرى ذكر الله على لسانه .. وعليه فإذا أدركه حياً ، واتسع الزمان ، وذبحه حل أكله ، والا فهو ميتة .

٤ – ان يطمئن الصائد الى ان قتل الصيد يستند الى الآلة التي رماه بها فلو رمى صيداً فأصابه ، ولكنه تردى من شاهق ، أو سقط في الماء ، ومات، لم يحل . اذ من الجائز ان يكون الموت مستنداً الى السقوط ، أو اليه والى الرمي معاً . قال الامام (ع) : لا تأكل الصيد اذا وقع في الماء .. وقال : ان رميت الصيد ، وهو على جبل ، فسقط ومات فلا تأكله .

الحيوان الذي يحل صيده :

يُشترط في الحيوان الذي يحل صيده امور :

١ – ان يقبل التذكية الشرعية، اما ما لا يقبلها ، كالمسخ ونجس العين فلا يتحقق به الصيد ، وسنتعرض في الفصل التالي « الذباحة » الى ما يقبل التذكية ، وما لا يقبلها .

٢ – ان يكون برياً ، أو انه كان اهلياً ثم نفر الى البر ، وصار متوحشاً ممتنعاً ، كالثور الصائل ، والبعير العاصي ، ونحوهما ، قال الامام (ع) : اذا امتنع عليك بعير ، وانت تريد ان تنحره ، فانطلق منك ، فان خشيت ان يستقبلك فضربته بسيف ، أو طعنته برمح بعد ان تسمي فكلْ الا ان تدركه ولم يمت بعدُ ، فذكه .

أما الحيوانات المستأنسة ، كالبقر والغنم ، والطيور الدواجن، كالدجاج والحمام فليست موضوعاً للصيد ما دامت طوع الارادة ، فقد سئل الامام الصادق (ع) عن رجل ضرب بسيفه جزوراً أو شاة في غير مذبحها ، وقد سمى حين ضرب ؟ فقال : لا يصلح أكل ذبيحة لا تذبح من مذبحها إذا تعمد ذلك ، ولم تكن حاله حال اضطرار ، فاما اذا اضطر اليه واستصعب عليه ما يريد ان يذبح – فلا بأس بذلك .

٣ – ان يكون قادراً على الامتناع ، فلا تحل اطفال الحيوانات الصغار التي لا تستطيع العدو ، وان كانت برية ، ولا افراخ الطير التي تعجز عن الطيران ، قال الامام (ع) : اذا رمى رجل صيداً في وكره ، فأصاب الطير والفراخ جميعاً فانه يأكل الطير ، ولا يأكل الفراخ ، وذلك ان الفراخ ليست بصيد ما لم تطر ، وانما تؤخذ باليد، وتكون صيداً إذا طارت .

مسائل :

١ ـ يُملك الحيوان البري ، والطير غير الداجن ـ بأمور ثلاثة : (١) ان يضع يده عليه مباشرة . (٢) ان يقع في آلة الصيد ، أو في الحفرة التي يحفرها الصياد بهذا القصد . (٣) ان يضربه بحجر أو خشبة أو آلة ، حتى يصبح غير ممتنع ولا قادر على الفرار ، على شريطة ان يكون ذلك بقصد الصيد ، فلو رماه صدفة ومن غير قصد فللآخر ان يأخذه ، ولا يحق لأحد ان ينازعه فيه .

٢ ـ من تبع حيواناً بسيارة أو فرس ، حتى أعياه لا يصير ملكاً له الا اذا وضع يده عليه ، فلو أخذه غيره قبل ذلك يملكه ، لأنه لم يضع يده عليه ، ولم يرمه بسهم أو ما اليه .

٣ ـ اذا دخل عصفور الى بيت انسان صدفة فللآخر ان يأخذه ، وليس لصاحب البيت منعه من ذلك الا من جهة التصرف في بيته .. أجل ، اذا فتح صاحب البيت الباب ، وألقى الحَب لتدخل العصافير ، فدخلت فلا يجوز لغيره ان يصطادها .. ولو بنى العصفور عشاً في حائط انسان لا يملكه بمجرد ذلك .

٤ ـ اذا نصب شبكة للاصطياد فوقع فيها حيوان ، ولكنه كان أقوى من الشبكة فأفلت منها ، ثم اصطاده آخر فهو لمن اصطاده ، أما لو كانت الشبكة أقوى منه ، وأمسكته ، بحيث لا يستطيع الخلاص منها الا بمعونة من الخارج ، وصادف ان مرّ حيوان به ، أو طائر ، أو هبت رياح قوية ، أو ما الى ذاك ، وتخلص بمعونته، ثم اصطاده آخر ، فهو للأول ، لأنه تماماً كما لو أمسكه بيده ، ثم افلت منه .

ومن هنا قال الفقهاء : اذا دخلت سمكة كبيرة في شبكة صغيرة ، فجرتها ، وذهبت السمكة ومعها الشبكة في قلب البحر ، وصادف ان دخلت في شبكة كبيرة لا تقوى على الافلات منها كانت السمكة لصاحب

الشبكة الكبيرة ، فيأخذ السمكة ، ويرد الشبكة لأهلها .. والضابط أن تكون الآلة اقوى من الحيوان الذي يقع فيها بحيث تستطيع الآلة ان تمسكه ، اما اذا كان الحيوان او الطائر اقوى من الآلة فلا تتحقق اليد الموجبة للملك .

٥ – اذا رمى الصيد بشيء فجرحه ، ولكنه بقي على قوته ، بحيث لم يخرج عن الامتناع ، سوى انه لذعره وخوفه دخـل داراً ، فأخذه صاحب الدار يكون ملكاً له بالأخذ ووضع اليـد ، لا بدخول الدار ، ولا يحق لمن جرحه ان يعارض ويمانع . واذا اضعفه ، وجعله بحيث لا يقوى على الفرار يكون له ، ولا يجوز لأحد أخذه : والسر ما أشرنا اليه في المسألة السابقة .

٦ – بعد ان يصبح الصيد في يد الصائد يصير ملكاً له ، وإذا أفلت منه يبقى على ملكه ، وان صار ممتنعاً .. لأن الملك بعد ثبوته لا يزول .. اجل ، اذا أعرض الصائد ، وصرف النظ عنه كلية يصير كالاشياء المباحة تجوز حيازته لمن شاء .

الذباحة

الشبكة الكبيرة ، فيأخذ السمكة ، ويرد الشبكة لأهلها .. والضابط أن تكون الآلة أقوى من الحيوان الذي يقع فيها بحيث تستطيع الآلة أن تمسكه ، أما إذا كان الحيوان أو الطائر أقوى من الآلة فلا تتحقق اليد الوضعية للملك .

٥ ـ إذا رمى الصيد بشيء فجرحه ، ولكنه بقي على قوته ، بحيث لم يخرج عن الامتناع ، سوى أنه للفرار وتركه ودخل داراً ، فأخذه صاحب الدار يكون ملكاً له بالأخذ ووضع اليد ، لا بدخول الدار ، ولا يحق لمن جرحه أن يعارض ويمانع . وإذا أضعفه ، وجعله بحيث لا يقوى على الفرار يكون له ، ولا يجوز لأحد أخذه ، والسر ما أشرنا إليه في المسألة السابقة .

٦ ـ بعد أن يصبح الصيد في يد الصائد يصير ملكاً له ، وإذا أفلت منه يبقى على ملكه ، وإن صار ممتنعاً .. لأن الملك بعد ثبوته لا يزول .. أجل ، إذا أعرض الصائد ، [illegible] عنه كلية يصير كالأشياء المباحة تجوز حيازته لمن شاء .

معاني التذكية :

للتذكية الشرعية معان شتى ، تختلف باختلاف الحيوان، فتذكية الحيوان البري المتوحش تتحقق بآلة الصيد قبل وضع اليد عليه ، وتذكية الحيوان الأهلي المستأنس – غير الابل – بذبحه ، والابـل بنحرها ، والسمك باخراجه من الماء حياً ، والجراد بقبضه ، والجنين بتذكية أمه ، وتذكية ما يتعذر ذبحه بجرحه وعقره كيف اتفق من أجزاء بدنه .

وخصصنا الفصل السابق بعنوان الصيد للتذكية بآلاته ،ونتكلم في هذا الفصل عن التذكية بسائر المعاني الأخرى ، وجعلنا العنوان هنا « الذباحة» مع العلم بأنها بعض أفراد التذكية تغليباً لها على بقية الأفراد، لأنها الأشهر والأكثر ، وأكثر الفقهاء تكلموا عن التذكية بوجه عام في فصل واحد بعنوان « الصيد والذباحة » .. وأفردنا نحن للصيد فصلاً خاصاً بالنظر لأهميته .

وقبل كل شيء نمهد بالاشارة الى أقسام الحيوان باعتبـار صلاحيته للتذكية وعدمها .

الحيوان وصلاحية التذكية :

ينقسم الحيوان باعتبار صلاحيته للتذكية وعدمها الى اقسام :

١ — كل حيوان يجوز أكله فهو صالح وقابل للتذكية،وهذه الحقيقة تدل على نفسها بنفسها ، لأن جواز الأكل يستدعي بذاته قبول التذكية فالدليل الذي دل على جواز أكل أي حيوان يدل بذاته على انه صالح للتذكية ، سواء أكان الحيوان بحرياً أو برياً طائراً أو غير طائر ، أهلياً أو غير أهلي .

٢ — كل حيوان نجس العين ، كالكلب والخنزير،فهو غير صالح للتذكية ، لا يؤثر الذبح فيه شيئاً ، بل يبقى بعد الذبح على نجاسته وتحريم اكله ، وهذا لا يحتاج الى دليل ، تماماً كصلاحية مأكول اللحم للتذكية .

٣ — كل ما يؤكل لحمه مما لا نفس سائلة له ، كالسمك والجراد فهو قابل للتذكية ويأتي الكلام عنه .

٤ — كل ما لا يؤكل لحمه مما لا نفس سائلة له ، كالذباب وما اليه فليس موضوعاً للتذكية اطلاقاً ، إذ المفروض ان اكله لا يحل بوجه، وانه طاهر على كل حال ، حياً كان أو ميتاً .

٥ — ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر الى ان الحشرات، وهي التي تسكن باطن الأرض ، كالفأرة والجرذون وما اليه — ذهبوا الى انها لا تقبل التذكية ، وان ذبحها وموتها حتف الانف سواء .

٦ — اتفقوا كلمة واحـدة على عدم جواز أكل سباع الحيوانات والطيور ، وهي التي تفترس ما هو أضعف منها ، وتتغذى باللحم ، كالأسد والنمر والفهـد والذئب والثعلب والسنور والضبع وابن آوى ، والصقر والبازي والعقاب والباشق .. وأيضاً اتفقوا على انها طاهرة .

واختلفوا : هل تقبل التذكية ، بحيث تطهر بالذبح ، أو لا ؟ ذهب المشهور الى انهـا تقبل التذكية ، ويطهر لحمها وجلدها بالذبح ، أو بالتذكية بآلة الصيد على النحو المتقدم في الفصل السابق ، قال صاحب الجواهر : « بل في غاية المراد لا نعلم مخالفاً في ذلك ، بل عن السرائر

الاجماع عليه ، لأن الامام (ع) سئل عن جلود السباع ، أينتفع بها ؟ فقال : إذا رميت وسمّيت فانتفع بهـا – ثم قال صاحب الجواهر – والسيرة مستمرة في جميع الاعصار والامصار على استعمال جلودها » .

٧ – جاء في روايات عن أهل البيت (ع) ان الحيوانات الموجودة الآن على هيئة المسوخ كثيرة تزيد على عشرة أنواع ، وسنذكرها للمناسبات الآتية .. ومن هذه الحيوانات الفيل والدب والقرد .. وقد اتفق الفقهاء كلمة واحدة على ان لحوم المسوخ كلها محرمة لا يجوز أكلها ..

وأيضاً اتفقوا إلا قليلاً منهم على أنها طاهرة .. واختلفوا : هل تقبل التذكية ، أو لا ؟ ومعنى قبولها للتذكية انها تبقى على الطهارة بعد الذبح ، أما لحمها فلا يحل اطلاقاً ، ومعنى عدم قبولها للتذكية انها ميتة بعد الذبح ، تماماً كما لو ماتت حتف انفها .

ونقل صاحب الجواهر عن كتاب غاية المراد ان أكثر الفقهاء ذهبوا إلى أنها تقبل التذكية ، وعليه يكون لحمها وجلدها طاهرين بعد الذبح ، أو اصطيادها بآلة الصيد المعتبرة شرعاً ، وقال آخرون : انها لا تقبل التذكية ، وان ذبحها وموتها حتف الانف سواء .

أما الحق فبيانه في الفقرة التالية :

هل كل حيوان يقبل التذكية؟

ان الحكم بأن المسوخ والسباع ، وأيضاً الحشرات التي لها جلد[1] ، ان

---

١ ذهب جماعة من الفقهاء منهم السيد الحكيم الى ان كل ما له جلد من السباع والحشرات يقبل التذكية ، قال السيد المذكور في الجزء الثاني من منهاج الصالحين باب الذباحة : « الظاهر وقوع الذكاة عليه إذا كان له جلد يمكن الانتفاع به بلبس أو فرش ، ونحوهما : ويطهر لحمه وجلده بها ، ولا فرق بين السباع كالاسد والنمر والفهد والثعلب وغيرها ، وبين الحشرات التي تسكن الأرض اذا كان لها جلد مثل ابن عرس والجرذ ، فيجوز استعمال جلدهـا اذا ذكيت فيما يعتبر فيه الطهارة ، فيتخذ ظرفاً للسمن والماء ، ولا ينجس ما يلاقيها برطوبة » .

الحكم بأن هذه تقبل التذكية أو لا تقبلها – يتوقف على معرفة: هل يوجد في الكتاب والسنة عموم أو اطلاق يدل على ان كل حيوان يقبل التذكية إلا ما خرج بالدليل ، او انه لا أثر لهذا العموم ، أو الاطلاق ؟ فاذا شككنا في قبول حيوان للتذكية الشرعية فعلينا قبل كل شيء ان ننظر ونبحث في الكتاب والسنة عن هذا العموم ، او الاطلاق ، فان وجدناه حكمنا بقبوله للتذكية استناداً للعموم ، ولا يبقى أثر للشك بحكم الشارع في القابلية ، كي نرجع الى أصل عدم صلاحية الحيوان للتذكية ، سواء أكان الحيوان من المسوخ ، أو السباع ، وعليه يكون طاهراً بعد الذبح ، لأن صحة التذكية تستدعي طهارة المذكى على كل حال ، سواء اكان من مأكول اللحم ، أو من غيره ، أما الاكل من لحمه فيجوز إذا لم يدل الدليل من النص أو الاجماع على التحريم ، لقاعدة : كل شيء لك حلال حتى تعلم انه حرام .. وأشرنا فيما سبق الى ان السباع والمسوخ والحشرات يحرم أكلها بالاجماع ، وتأتي زيادة البيان في فصل الاطعمة .

وإذا لم نجد في الكتاب والسنة دليلاً على ان كل حيوان يقبل التذكية ، فان أصل عدم قابلية كل حيوان للتذكية إلا ما خرج بالدليل – هو المحكم بالاتفاق . ومجرد الشك في قابلية الحيوان للتذكية كاف في اجراء هذا الأصل . وعليه يكون الحيوان المشكوك في قابليته لها نجساً ومحرماً أكله بعد الذبح ، لأن ذبحه وموته حتف الأنف سواء ، ما دام غير صالح للتذكية .

وبهذا تبين معنا انه لا وجه للتساؤل اطلاقاً في انه : هل الاصل في كل حيوان عدم قبوله للتذكية ، او ان الاصل قبوله لها ، لأن هذا الاصل مردد بين أمرين : اما لا يجري اطلاقاً ، وذلك اذا افترض وجود عموم أو اطلاق في الكتاب أو السنة يدل على ان كل حيوان يقبل التذكية الا ما خرج ، واما يجري اطلاقاً وبالاتفاق ، مع عدم وجود هذا العموم أو الاطلاق .

فالواجب – اذن – هو النظر والبحث عن وجود هـذا العموم أو الاطلاق في الكتاب أو السنة .. وقد ادعى جماعة من الفقهاء انه موجود، واستدلوا عليه باطلاق الآيات والروايات الواردة في حلية أكل ما امسك الكلب ، وما ذُكر اسم الله عليه ، وما يصطاد بالسيف والرمح ، وما إلى ذلك مما سبق في فصل الصيد ، حيث دلت هذه الآيات والروايات على جواز الاكل من كل ما امسك الكلب ، وما ذكر اسم الله عليه، وما يصطاد بالسيف والرمح والسهم من غير تقييد وتفصيل بين حيوان وحيوان ، ومنه يستكشف قابلية كل حيوان للتذكية .

والحق انه لا عموم ولا اطلاق في هذه الآيات والروايات ، لأنها لم ترد لبيان صلاحية الحيوان للتذكية ، أو عدم صلاحيته لها ، وانما وردت لبيـان ان التذكية الشرعية في مأكول اللحم تتحقق بامساك الكلب ، وبالاصطياد بالسيف ، وما اليه ، وبما ذكر اسم الله عليه .. وبديهة ان أول شرط للتمسك باطلاق اللفظ وعمومه ان يكون المتكلم قاصداً بيان الجهة التي حمل اللفظ عليها وفُسر بها . وبكلمة ان النص قد ورد لبيان حكم التذكية ، لا لبيان موضوعها .

وحيث ان الحكم بصحة التذكية يتوقف قبل كل شي على العلم بأن المحل قابل وصالح لها .. والمفروض انّا نشك بهذه القابلية والصلاحية ، وانه لا عموم ولا اطلاق يدل على ثبوتها في كل حيوان – فيكون اصل عدم قبول كل حيوان للتذكية ، والحال هذي ، هو المحكم . وعليه ، فاذا ذبح الحيوان المشكوك يكون ميتة نجسة لا يجدي ذبحه شيئاً . قال الشيخ الانصاري في كتابه المعروف بالرسائل باب البراءة ما نصه بالحرف: « ان شُك في حيوان من جهة الشك في قبوله للتذكية فالحكم الحرمة، لاصالة عدم التذكية ، لأن من شرائطها قابلية المحل ، وهي مشكوكة، فيحكم بعدمها ، وان الحيوان ميتة » .

وعلى هـذا يكون الاصل في المسوخ والسباع وغيرها من الحيوانات

المشكوكة ، يكون الاصل عدم قابليتها للتذكية إلا ما خرج بدليل شرعي.. أجل ، يبقى شيء هام ، وهو هل هناك دليل شرعي يدل على ان المسوخ والسباع تقبل التذكية الموجبة للطهارة ، كما دل الدليل على حرمة اكلها؟وهذا ما سنتعرض له في فصل الاطعمة الذي يلي هذا الفصل مباشرة.

وبعد هذا التمهيد نتكلم عن التذكية بالذبح والنحر ، وبالخروج من الماء ، وبالقبض ، وبالجرح والعقر ، وبذكاة الام ، وفيما يلي التفصيل، ونبدأ بالذبح .. واركانه ثلاثة : الذابح ، وآلة الذبح ، وصورته .

الذابح :

يشترط في الذابح الاسلام ، ولا يشترط ان يكون ذكراً ، ولا بالغاً، ولا شيعياً ، ولا ان يكون غير جنب،او غير ابن زنا ، او غير اغلف.

فتحل ذبيحة الغلام المميز ، والصبية المميزة ، فقد سئل الامام الصادق (ع) عن ذبيحة المرأة والغلام ، هل تؤكل ؟ قال : نعم ، إذا كانت المرأة مسلمة ، وذكرت اسم الله حلت ذبيحتها ، وإذا كان الغلام قوياً على الذبح ، وذكر اسم الله حلت ذبيحته .

وقال الشهيد الثاني في المسالك: « من أوصاف الذابح ان يكون قاصداً الى الذبح ، فالمجنون والصبي غير المميز والسكران لا يحل ما يذبحونه ، لأنه بمنزلة ما لو كان في يد نائم سكين، فانقلب، وقطع حلقوم شاة ».

وسئل الامام عن ذبيحة ابن الزنا ؟ قال : « لا بأس .. وعن ذبيحة الاغلف ؟ قال : لا بأس .. وقال : لا بأس ان يذبح الرجل ، وهو جنب ». الاغلف هو الذي لم يختن .

ونقل الامام أبو جعفر الصادق (ع) عن جده علي أمير المؤمنين (ع) انه قال : من دان بكلمة الاسلام ، وصام وصلى فذبيحته حلال لكم اذا ذكر اسم الله .

أجل، لا تحل ذبيحة المغالي،ولا من أعلن العداوة لاهل البيت (ع)،

قال الامام الصادق (ع) : « ذبيحة الناصب لا تحل » . والمغالي اسوأ منه .

وقد توسع السيد الحكيم ، وتسامح كثيراً في الأخذ من يد المسلم قال في منهاج الصالحين باب الذباحة :

« لا فرق في المسلم الذي يكون تصرفه امارة على التذكية بين الامامي وغيره ، وبين من يعتقد طهارة الميتة بالدبغ وغيره ، وبين من يعتبر الشروط المعتبرة في التذكية كالاستقبال والتسمية ، وكون المذكي مسلماً، وقطع الاعضاء الاربعة وغير ذلك ، وبين من لا يعتبرها » ..

وقال أيضاً : « دهن السمك المجلوب من غير بلاد الاسلام لا يجوز شربه إذا اشتُري من غير مسلم ، ويجوز شربه اذا اشتُري من مسلم ، وان علم ان المسلم أخذه من الكافر » .

ذبيحة أهل الكتاب :

قال الشهيد الثاني[1] في الجزء الثاني من كتاب المسالك باب الذباحة ما يتلخص بما يلي :

ذهب أكثر الفقهاء الى تحريم ذبيحة أهل الكتاب ، وذهب ابن أبي عقيل ، وأبو علي بن جنيد ، والصدوق أبو جعفر[2] الى حلية ذبيحتهم، ولكن اشترط الصدوق سماع التسمية عليها ، واستدلوا على الحلية بروايات كثيرة وصحيحة عن أهل البيت (ع) ، منها ما جاء في صحيح الحلبي

---

١ الشهيد الثاني هو زين الدين العاملي الجبعي ، استشهد سنة ٩٦٦ هـ ، وهو من أكبر المراجع العلمية الدينية ، وكتبه من أهم المصادر لفقه الامامية، وبعضها مقرر للتدريس من أمد بعيد .

٢ ابن أبي عقيل هو الحسن بن علي العماني من علماء القرن الرابع الهجري ، وجاء في وصفه انه أول من هذب الفقه ، واستعمل النظر ، وفتق البحث عن الاصول والفروع ، وابن الجنيد هو محمد بن احمد الاسكافي من أكابر علماء الامامية ، توفي سنة ٣٨١ هـ ، والصدوق هو محمد بن علي بن بابويه شيخ الطائفة، وصاحب كتاب «من لا يحضره الفقيه» احد الكتب الأربعة في الحديث ، توفي سنة ٣٨١ هـ .

انه سئل الامام الصادق (ع) عن ذبيحة أهل الكتاب ونسائهم ؟ فقال : لا بأس . ومنها انه سئل الامام ابو جعفر الصادق (ع) : ما تقول في مجوسي ، قال : بسم الله ، ثم ذبح ؟ فقال : كلْ . فقيل له : مسلم ذبح ، ولم يسم ؟ فقال : لا تأكلْ .

ثم قال صاحب المسالك : اما الروايات الاخرى التي استدل بها القائلون بالتحريم فالصحيح منها لا دلالة فيه ، وغير الصحيح لا عبرة به لو سلمت دلالته .

وقال أيضاً : أما القول بأن الكافر لا يعرف الله ، ولا يذكره على ذبيحته فمن العجيب،لأن الكتابي مقر بالله ، وما ينسب اليه من التثليث، وان عزيراً ابن الله،والمسيح ابن الله ، ونحو ذلك ـ لا يخرجه عن الاقرار بالله تعالى ، وهـذه الالحاقات ـ اي ابن الله ، وما الى هذا ـ وان أوجبت الكفر فلا تقتضي عدم ذكر الله ، فانه يذكر الله في الجملة ، ويقول الحمد لله،وذلك كافٍ في الذكر على الذبيحة .. وفي فرق المسلمين من ينسب الى الله منكرات ، ولا يخرج بذلك عن الاقرار بالله تعالى .

أما صاحب الجواهر فقد اعترف صراحة بصحة الروايات الناطقة بحلية ذبيحة أهل الكتاب ، ولكنه حملها على غير ظاهرها وأولها بخلاف ما دلت عليه،ولذلك جزم بتحريم ذبيحتهم . ولكن عبارته في أول مباحث الذباحة تدل على ان من فقهاء المذهب من يقول بحلية ذبيحة أهل الكتاب غير الفقهاء الذين ذكرهم صاحب المسالك . قال صاحب الجواهر : « ومن الغريب اطناب ثاني الشهيدين في المسالك وبعض اتباعه في تأييد القول بالجواز واختياره » .

ونحن على رأي صاحب المسالك ، كما انا من القائلين بطهارة أهل الكتاب ، وبينّا ذلك مفصلاً في الجزء الأول ، فصل أعيان النجاسات، فقرة « أهل الكتاب » .

آلة الذبح :

قال الفقهاء : يشترط ان يكون الذبح بسكين من حديد – والفولاذ نوع من الحديد – ولا تحل الذبيحة إذا ذبحت بسكين من نحاس ، أو ذهب ، أو فضة ، مع الاختيار وامكان الذبح بالحديد ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف فيه بيننا » .

واستدلوا بأن الامام الصادق (ع) سئل عن الذبح بالعود ، أو الحجر ، أو القصبة ؟ فقال : قال علي (ع) : لا يصلح إلا بحديد .. وسئل الامام أبو جعفر الصادق (ع) عن الذبح بالليطة والمروة ؟ فقال : لا ذكاة إلا بحديد .. والليطة قشرة القصب ، والمروة الحجر الحاد الذي يقدح الشرار ، وهو المعروف عندنا بالصوان .

وقالوا : ان لفظ الحديد لا يتناول النحاس والرصاص والذهب والفضة.

والذي نفهمه نحن من الحديد هنا هو الحديد المعروف ، وما يشبهه من المعدن الشديد الصلب ، كالنحاس والذهب والفضة .. فالمهم ان يكون معدناً في قبال الجسم الصلب – غير المعدن – كالحجر والعود المحدد ، وما اليه .. وفي الرواية نفسها ايماء إلى هذا الفهم ، لأن السؤال وقع عن القصب والحجر ، لا عن النحاس والذهب والفضة ، فجاء الجواب من الامام (ع) لنفي الحجر ونحوه ، ولإثبات الحديد وشبهه .. وعبر الامام بالحديد ، لأنه الفرد الغالب ، وهذا النوع من التعبير كثير في كلمات أهل البيت (ع) .

وليس هذا اجتهاد منا في قبال النص ، بل اجتهاد في تفسير النص.. والاجتهاد في قبال النص هو ان يقال بجواز الذبح بالحجر والقصب، مع امكان الذبح بالحديد .

وقد أجاز الفقهاء الذبح بغير الحديد عند تعذر الذبح به ، مع الخوف من فوات الذبيحة، وهذه عبارة صاحب الشرائع والشارح صاحب الجواهر :

« اذا لم يوجد الحديد،وخيف فوت الذبيحة جاز الذبح بما يفري أعضاء الذبيح ، ولو كان ليطة – أي قصبة – أو خشبة محددة ، أو مروة – أي حجر الصوان – أو زجاجة ، أو غير ذلك ، ما عدا السن والظفر بلا خلاف .. فقد سئل الامام الصادق (ع) عن رجل لم يكن بحضره سكين ، أيذبح بقصبة ؟ فقال : اذبح بالحجر وبالعظم ، أو بالقصبة وبالعود إذا لم تصب الحديدة إذا قطعت الحلقوم ، وخرج الدم فلا بأس به » .

وتجدر الاشارة إلى ان الفقهاء أجازوا الذبح بالحجر وما اليه اذا تعذرت السكين من الحديد وجميع المعادن ، حتى النحاس والذهب والفضة .. فالذبح عندهم له مراتب ثلاث تأتي على هذا الترتيب : أولاً وقبل كل شيء بسكين من حديد ، فان تعذرت فبسكين من سائر المعادن ، فان تعذرت فبما تيسر من حجر أو زجاج أو قصب .

صورة الذبح :

يكون الذبح صحيحاً إذا وقع على الصورة المأمور بها شرعاً، وتتحقق هذه الصورة بالشروط التالية بعد قصد الذبح ، فان اخل باحدها عامداً كانت الذبيحة ميتة .

١ – استقبال القبلة،مع الامكان اجماعاً ونصاً ، ومنه قول الامام(ع) : إذا اردت ان تذبح ذبيحتك فاستقبل بها القبلة .

فمن ترك الاستقبال عامداً حرمت ، ومن تركه نسياناً لم تحرم ، فقد سئل الامام (ع) عن ذبيحة ذبحت لغير القبلة ؟ فقال : كلْ ، لا بأس بذلك ، ما لم يتعمد .

والجاهل بوجوب الاستقبال تماماً كالناسي ، فقد سئل الامام(ع) عن رجل ذبح ذبيحة ، جهل ان يوجهها الى القبلة ؟ قال : كلْ منها .

قال صاحب الجواهر : يستفاد من النص ان الجاهل معذور هنا، وان صدق عليه التعمد[1] .

أما من ترك الاستقبال متعمداً ، لأنـه لا يعتقد بوجوب الاستقبال فقال صاحب الجواهر والمسالك : تحل ذبيحته ، لأنه في معنى الجاهل .

ويجب استقبال الذبيحة بمقاديم البدن بكاملها ، ولا يكفي الاستقبال بمذبحها فقط ، أما الذابح فلا يشترط فيه ذلك بل يستحب ، فيجوز ان يذبح ، ومقاديم بدنه الى الغرب ، أو الشرق ، قال صاحب الجواهر: « هذا هو المستفاد من النصوص المعتضدة بفتوى الفقهاء » .

٢ ـ محل الذبح،وهو أربعة اعضاء ، يجب قطعها : الاول الحلقوم، وهو مجرى النفس دخولاً وخروجاً . الثاني المري ، وهو مجرى الطعام والشراب . الثالث والرابع الودجان،وهما العرقان الغليظان المحيطان بالحلقوم.

ولا بد من قطع هذه الأعضاء الأربعة بكاملها ، فلا يكفي قطع،أو شق بعضها،وأيضاً لا بد ان يكون القطع من الأمام ، أي المكان المعروف بالمذبح ، فلا يحل الذبح من مؤخر العنق ، لقول الامام (ع) : « لا يصلح أكل ذبيحـة لا تذبح من مذبحها » .. أجل ، لو أدخل السكين تحت الاوداج ، وقطعها الى فوق لا تحرم الذبيحة ، ولكنه قد فعل ما ينبغي تركه ، وإذا قطع من الاوداج الرأس متعمداً فقد أثم .. ولكن الذبيحة لا تحرم ، قال الامام الصادق (ع) : لا تكسر الرقبة،حتى يبرد الرأس .. وسئل عن رجل ذبح طيراً،وقطع رأسه،أيؤكل منه ؟ قال: نعم ، ولكن لا يتعمد قطع رأسه .. والنهي هنا يدل على التحريم دون الفساد .

---

[1] الجاهل على قسمين : جاهل بالحكم ، وهو الذي يعرف جهة القبلة،ويجهل وجوب الاستقبال، وجاهل بالموضوع ، وهو الذي يعلم بوجوب الاستقبال ، ويجهل جهة القبلة ، وكلا الجاهلين معذور هنا ، مع العلم بأن الفقهاء قالوا : ان الجهل بالموضوع عذر شرعي في كل مورد،وان الجهل بالحكم ليس بعذر بوجه عام، ولكنهم استثنوا من هذه القاعدة الجاهل بحكم الاستقبال بالذبيحة ، لوجود النص .

وقد رأى جماعة من المتأخرين ان قطع الاوداج الأربعة لا يتحقق على الوجه المطلوب شرعاً الا إذا كان الذبح من تحت العقدة المسماة في لسان العرف بالجوزة ، بحيث تكون الجوزة مع الرأس .. وليس في النص عين ولا أثر لذلك ، ولكن الفقهاء أخذوه عن أهل الخبرة والمعرفة الذين شهدوا لهم بأن قطع الاوداج الأربعة لا يتم إلا ان تكون الجوزة مع الرأس..فان صح هذا القول وجب ان تكون الجوزة مع الرأس، والا فلا[1].

ولا بد من الاشارة هنا إلى ما قاله صاحب المسالك من أنه لا دليل على وجوب قطع الاوداج الأربعه – غير الحلقوم – إلا الشهرة فقط ، حيث اكتفى النص بذكر الحلقوم ، فقد جاء في صحيح الشحام: « اذا قطع الحلقوم ، وخرج الدم فلا بأس به » .

وأقصى ما استدل به القائلون بقطع الاوداج الأربعة ما جاء في رواية ابن الحجاج عن الامام (ع) : « اذا فرى الاوداج فلا بأس بذلك » .. وردهم صاحب المسالك بأنه لا تصريح فيها بأسماء الاربعة .

أما صاحب الجواهر فقد جزم وأصر على قطع الاربعة ، ولكنه لم يجد شيئاً يرد به على صاحب المسالك سوى قوله: قامت الشهرة العظيمة ، والسيرة القطعية ، واصالة عدم التذكية .

ومهما يكن: فان المهم ان نكون على علم بأن روايات أهل البيت (ع) لم تنص صراحة الا على الحلقوم ، أما الثلاثة الباقية فلم يرد لها ذكر صريح في كلام الأئمة الأطهار (ع) .

وليس من شك ان قطع الاربعة يوجب اليقين بحلية الذبيحة ، أما قطع الحلقوم فقط فلا تركن النفس اليه ، بخاصة بعد وجود السيرة

---

١ قال صاحب الجواهر : بقي شيء كثر السؤال عنه في زماننا ، وهو دعوى تعلق الاعضاء الأربعة بالجوزة ، فاذا لم يبقها الذابح في الرأس لم يقطع الاربعة اجمع ، أو لم يعلم بذلك . وان قطع نصف الجوزة ، ولم أجد لذلك أثر في كلام الفقهاء ولا في النصوص ، والمدار على قطعها ، والعارفون أولى من غيرهم في معرفة ذلك ، وقد أشير اليهم في بعض النصوص بمن يحسن الذبح ويجيده . توفي صاحب الجواهر ١٢٦٦ هـ .

واستمرارها منذ القديم على قطع الاربعة .

٣ ــ تتابع قطع الاوداج الاربعة ، فيقطعها جميعاً دفعة واحدة، أو يقطع الواحد تلو الآخر من غير فاصل معتد به ، فاذا فصل وتثاقل امداً أكثر من المعتاد حرمت الذبيحة .

والحق ان هذا ليس شرطاً بذاته ، وانما هو متفرع عن شرط استقرار الحياة في الحيوان عند ذبحه ، فاذا قطع بعض الاوداج ، وانتظر ، حتى أشرفت الذبيحة على الموت وقطع الاعضاء الباقية تحرم لأن الشرط في حلية الذبيحة ان يستند موتها الى قطع جميع الأعضاء،لا إلى قطع بعضها دون البعض .

٤ ــ التسمية بقصد انها على الذبيحة ، فمن تركها عامداً حرمت الذبيحة اجماعاً ونصاً ، ويكفي قول الله اكبر ، والحمد لله ، ولا إله إلا الله ، وبسم الله ، وما اليه ، فقد سئل الامام (ع) عن رجل ذبح، فسبح ، أو كبّر ، أو هلل ، أو حمد الله تعالى ؟ قال : هذا كله من اسماء الله تعالى ، ولا بأس به .

ولو نسي التسمية لم تحرم الذبيحة اجماعاً ونصاً ، ومنه ان الامام ابا جعفر الصادق (ع) سئل عن رجل ذبح ولم يسم ؟ قال : ان كان ناسياً فلا بأس .

وذهب جماعة من الفقهاء ، منهم السيد ابو الحسن الاصفهاني والسيد الحكيم الى ان الذبيحة تحرم لو ترك الذابح التسمية جهلاً بوجوبها ، لأن الجهل بالحكم ليس بعذر،والفارق بين الجهل بوجوب الاستقبال ، والجهل بوجوب التسمية هو النص،حيث صرح بأن الأول عذر ، فخرج بذلك عن قاعدة « الجهل بالحكم ليس بعذر » وسكت عن الثاني ، فبقي من موارد القاعدة وأفرادها .

٥ ــ قال جماعة من الفقهاء ، منهم صاحب الشرائع والجواهر:يكفي في حلية الذبيحة ان يتحرك بعض اطرافها بعد الذبح ، حتى ولو كان

الطرف الاذن او العين ، أو يخرج منها الدم معتدلاً ، أي بقوة ودفع ، فاذا تحركت الذبيحة ،وخرج الدم متثاقلاً لا معتدلاً ، أو خرج الدم معتدلاً ولم تتحرك فهي حلال ، ولا تحرم إلا اذا اجتمع الامران معاً : عدم الحركة اطلاقاً ، وخروج الدم متثاقلاً – أي سحا – .. قال الامام الصادق (ع) : إذا تحرك الذنب ، أو طرفت العين ، أو الاذن فهو ذكي .. وسئل عن رجل ضرب بقرة بفأس ، فسقطت ، ثم ذبحها ؟ قال : ان خرج الدم معتدلاً فكلوا ، واطعموا ،وان كان خرج خروجاً متثاقلاً فلا تقربوه .

والحق ان العبرة بأن نعلم استمرار حياة الذبيحة الى تمام الذبح من غير فرق بين ان يحصل من وجود الحركة ، أو من خروج الدم بقوة ، أو من التنفس ،او أي شيء .. وذكر الامام (ع) الحركة والدم المعتدل ، لأنهما أظهر العلامات على الحياة وأغلبها .

النحر :

النحر مختص بالابل فقط ، فلا تحل بالذبح ، ولا يحل غيرها من الحيوانات بالنحر ، قال الامام الصادق (ع) : « كل منحور مذبوح حرام ، وكل مذبوح منحور حرام » اي ما ينحر لا يجوز ذبحه ، وما يذبح لا يجوز نحره .

ومحل النحر اللبة ، وهي المكان المنخفض الكائن بين أصل العنق والصدر ، قال الامام (ع) : النحر في اللبة ، والذبح في الحلق ،أي الحلقوم.

وصورة النحر ان يُدخل الناحر سكيناً ، أو ما اليها من الآلات الحادة في اللبة ، ويجوز نحر البعير قائماً ، وباركاً ، ومضطجعاً على جنبه ، على شريطة ان يكون متجهاً بنحره وجميع مقاديم بدنه الى القبلة ، وأفضل الصور ما جاء في بعض الروايات عن أهل البيت (ع) ، وهي ان يقام

البعير واقفاً اتجاه القبلة ، وتعقل احدى يديه ، ويقف الذي ينحره الى جنبه متجهاً الى القبلة ، ثم يضرب في لبته .

وجميع الشروط التي ذكرناها في الذابح وآلة الذبح لا بد من توافرها في الناحر ، وآلة النحر ، بالاضافة الى وجوب التسمية ، واستمرار الحياة الى اتمام النحر ، وتركُ الاستقبال هنا نسياناً أو جهلاً لا يوجب التحريم ، أما التسمية فتركها عن جهل يوجب التحريم ، ولا يوجبه النسيان ، تماماً كما هو الشأن في المذبوح .

والأولى ترك الذبح بعد النحر خشية ان يستند الموت اليهما معاً ، مع العلم بأن الموت يجب ان يستند إلى التذكية الشرعية نفسها التي هي النحر في الابل ، والذبح في غيرها .

مستحبات الذبح والنحر :

يستحب في ذبح الغنم ان يربط اليدين مع احدى الرجلين ، ويترك الرجل الأخرى ، وان يمسك صوفه ، حتى يبرد ، ومثله المعز .

ويستحب في البقر والجاموس ان يربط القوائم الأربعة .

ويستحب في الابل ان تنحر قائمة بعد ان يربط احدى يديها الى الركبتين ، ويترك الاخرى .

أما الطير فيستحب ارساله بعد الذبح ، حتى يرفرف .

ومن المستحبات الأكيدة ان يفعل الذابح الأسهل ويختار ما هو أقل عذاباً وألماً للمذبوح ، كتحديد الشفرة ، والسرعة بالذبح ، وان يسقيه الماء قبل الذبح ، فقد جاء في الحديث الشريف : كتب عليكم الاحسان في كل شيء ، فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة ، واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة ، وليحد احدكم شفرته ، وليرح ذبيحته .

ويكره ان يقطع الرأس ،أو يسلخ الجلد قبل خروج الروح ،وان يُذبح حيوان ، وحيوان آخر ينظر اليه ، وان يذبح بيده ما رباه من الغنم .

الاخراج من الماء :

قال تعالى : « وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً – النحل ١٤ » .. «وما يستوي البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح اجاج ومن كلٍ تأكلون لحماً طرياً – فاطر ١٢ » .

الاخراج من الماء تذكية شرعية يختص بالسمك ، على شريطة ان يخرج من الماء حياً ، ويموت في خارجه ، قال الامام الصادق (ع) : ان السمك ذكاته اخراجه من الماء ، ثم يترك ، حتى يموت من ذات نفسه ، وذلك انه ليس له دم – أي سائل – وكذلك الجراد .

وإذا أخرج السمك من الماء حياً ، ثم عاد اليه بطريق من الطرق فلا يحل أكله ، فقد سئل الامام الصادق (ع) عن سمك يُصاد ، ثم يُجعل في شيء ، ثم يعاد في الماء فيموت فيه ؟ فقال : لا تأكل، لأنه مات في الذي فيه حياته .

وإذا وثبت سمكة الى البر فماتت فيه،أو جف الماء وانحسر عنها ، فان أخذت قبل ان تموت فهي حلال ، وإلا فهي ميتة ، فقد سئل الامام(ع) عن سمكة وثبت من النهر فوقعت على الجد – أي الشاطىء – فماتت ، هل يصلح أكلها ؟ فقال : ان اخذتها قبل ان تموت ، ثم ماتت فكلْها، وان ماتت قبل ان تأخذها فلا تأكلها .

وسئل عن الذي ينضب عنه الماء من سمك البحر ؟ قال : لا تأكله .

وإذا عطفنا هذه الرواية على الرواية الأولى ، وجمعنا بينهما كانت الأولى قيداً للثانية ، ويكون معنى الروايتين مجتمعتين هكذا : إذا جف الماء عن السمك ، أو وثب الى خارجه حلّ إن أُخذ حياً ، وحرم ان أخذ ميتاً .. ولا يكفي مجرد النظر اليه ، وهو يتحرك ، من غير اخذ ووضع اليد عليه،قال صاحب الجواهر : « وفاقاً للمشهور شهرة عظيمة» .. وقال : « ومن ذلك يظهر لك ان تذكية السمك اثبات اليد عليه على ان لا يموت في الماء ، فهو كحيازة المباح الذي هو بمعنى الصيد » .

واثبات اليد يشمل ما يؤخذ باليد ، أو بالشبكة ، أو بواسطة حفرة ، أو أي شيء ، ما دام ينطبق عليه الأخذ حياً ، وعلى هذا ، اذا نصب شبكة ودخلها السمك ، ثم جف الماء ، ومات السمك في الشبكة يحل أكله ، حيث يصدق عليه وضع اليد قبل الموت بواسطة الشبكة ، ومثله اذا حفر حفرة ، وأجرى اليها ماء البحر والنهر بواسطة قناه ، ودخلها السمك ، ثم جف الماء منها ، ومات السمك فانه يحل ، لوضع اليد بسبب الحفرة .. أجل ، لو مات السمك في ماء الحفرة قبل ان يجف حرم اكله عند المشهور ، لأنه مات في الذي فيه حياته ، كما جاء في الرواية عن الامام الصادق (ع) معللاً به حرمة أكل السمك الذي مات في الماء .

وإذا أخرج الصائد شبكته من الماء فوجد فيها سمكاً ميتاً ، وآخر حياً حرم الأول ، وحل الثاني بالبداهة ، وإذا ترك الشبكة في البر ، حتى مات الحي ، واشتبه بالميت ، فماذا يصنع ؟

ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر الى حرمة الجميع امتثالاً للتكليف بالتجنب عن الحرام ، ولا يتحقق الامتثال إلا بترك الجميع ، فيجب بحكم العقل ، تماماً كما لو علمت بوجود اناءين : احدهما طاهر ، والآخر نجس ، ولم تميز الطاهر من النجس ، فيجب عليك ، والحال هذي ، عدم مباشرتهما معاً .

ولا يشترط في صيد السمك التسمية ، ولا الاسلام ، فلو أخرجه غير المسلم من الماء حياً ، ومات في خارجه ، أو وضع يده عليه حياً بعد ان جف الماء عنه ، أو خرج منه تلقائياً حل أكله ، سواء أكان الصائد أو صاحب اليد كتابياً ، أو ملحداً ، مـا دامت تعلم ان يده استولت على السمك ، وهو حي ، ولا يحل مع الشك ، وعدم العلم . فقد سئل الامام الصادق (ع) عن صيد الحيتان ، ان لم يسم ؟ فقال : لا بأس ، وسئل عن صيد المجوسي للسمك ؟ فقال : ما كنت لآكله ، حتى انظر

اليه . اي حتى اعلم انه خرج من الماء حياً .

وبهذا يتضح الفرق بين أخذ اللحوم من يد المسلم ، وأخذها من يد غيره ، فالأول تُؤخذ من يده ، حتى تعلم بأنها ميتة ، والثاني لا تؤخذ من يده ، حتى تعلم بأنها مذكاة .

الجراد والأخذ :

تتحقق التذكية الشرعية بالنسبة الى الجراد بمجرد اخذه والاستيلاء عليه حياً ، سواء أكان ذلك باليد ، أو الآلة ، وإذا مات قبل اخذه يحرم اكله ، ولا تشترط التسمية ، ولا الاسلام ، تماماً كما هو الحكم في السمك ، فقد نقل الامام الصادق عن ابيه عن جده علي أمير المؤمنين (ع) ان الحيتان والجراد ذكي كله .. وسئل الامام الرضا حفيد الامام الصادق (ع) عن الجراد يصاب ميتاً في الماء ، أو في الصحراء ، أيؤكل ؟ قال : لا .. وسئل عن الدبا من الجراد – أي الفراخ قبل ان تطير – أيؤكل ؟ قال : لا . حتى يستقل بالطيران .

الجنين وامه :

إذا حملت الناقة أو البقرة أو الجاموسة أو الشاة ، وماتت دون ان تذكى ، ومات الجنين في بطنها فكل منهما ميتة لا يحل اكله ، وإذا ماتت هي ، وأخرج الجنين من بطنها حياً ينظر : فان كان تام الخلقة ، أي عليه شعر أو وبر ، وكانت له ، مع ذلك ، حياة مستقرة ، جاز ذبحه على الوجه الشرعي ، وحل اكله بعد الذبح ، وان لم يكن تام الخلقة ، ولا حياة له مستقرة فلا يحل أكله ، وان ذبح .

وإذا ذكيت امه ، وكان قد اشعر ، او أوبر ، ومات قبل ان يخرج من بطنها حل اكله .. وقال كثير من الفقهاء : تجب المبادرة بعد

الذبح الى شق بطن الذبيحة : واخراج الجنين منها ، حتى ولو لم تمت بعد ، واذا توانى المخرج طويلاً ، ثم اخرجه ميتاً لم يحل .

والمصدر في ذلك كله قـول الرسول الأعظم (ص) : ذكاة الجنين ذكاةُ امه[1] وروايات كثيرة في معناه عن أهل البيت (ع) ، قال صاحب الجواهر :

« قال رسول الله (ص) ذكاة الجنين ذكاة امه،وروي ذلك مستفيضاً عن عترته ، ففي صحيح يعقوب بن شعيب : سألت الامام الصادق(ع) عن الحوار – أي ولد الناقة – تذكى امه ، أيؤكل بذكاتها ؟ قال : اذا كان تماماً ، ونبت عليه الشعر فكلْ ، وعن سماعة عن الامام(ع): سألته عن الشاة ، وفي بطنها ولد قد اشعر – أي نبت عليه الشعر – قال : ذكاته ذكاة امه .. وسئل الامام (ع) عن قول الله عز وجل : « احلت لكم بهيمة الإنعام – المائدة ٢ » فقال : الجنين في بطن امه اذا اشعر أو أوبر فذكاته ذكاة امه » .

عند تعذر الذبح :

إذا نفر حيوان أهلي ، واستعصى على صاحبه ، ولم يمكن الاستيلاء عليه بوجه ، وخاف ان يذهب ، ولا يدركه ، اذا كان كذلك ، جاز له ان يضربه بالسيف أو السكين أو الرمح أو غـيره ، وإذا مات في هذه الحال ، قبل ان يتمكن من ذبحه حل اكله اجاعاً ونصاً ، ومنه قول الامام الصادق (ع) : ان قوماً أتوا النبي (ص) فقـالوا : ان بقرة لنا غلبتنا ، واستعصت علينا ، فضربناها بالسيف ، فأمرهم بأكلها .

---

[1] الذكاة الاولى مبتدأ ، والثانية خبر عنها ، وقال بعضهم : ان الثانية منصوبة بنزع الخافض، والتقدير ذكاة الجنين كذكاة امه ، اي انه يجب ان يذكى ، تماماً كما تذكى امه .. وقال الشهيد الثاني في اللمعة : « والصحيح رواية وفتوى ان ذكاة الثانية مرفوعة خبراً عن الاول».

وإذا تردى الحيوان في حفرة أو بئر ،وتعذر اخراجه حياً ، وذبْحه في مكانه على الوجه الشرعي جاز جرحه وطعنه في أي جزء اتفق من بدنه،حتى يموت ، ويحل اكله على شريطة ان تتوافر بالضارب والطاعن شروط الذابح المتقدمة ، وان يسمي ، أما استقبال القبلة مع التعذر فليس بشرط ، فقد سئل الامام الصادق (ع) عما تردى على منخره ، فيقطع ، ويسمى عليه ؟ قال : لا بأس به ، وأمر بأكله .. وقال : ايما انسيه – أي حيوان أهلي مستأنس – تردت في بئر ، فلم يقدر على منحرها ، فلينحرها من حيث يقدر ، ويسمى الله عز وجل ، ويأكل .

روايات عن أهل البيت (ع) :

١ – سئل الامام ابو جعفر الصادق (ع) عن شراء اللحم من الأسواق ، ولا يدرون ما صنع القصابون ؟ قال : كلْ اذا كان ذلك في اسواق المسلمين ، فلا تسأل عنه .

وقد فهم صاحب الجواهر من النهي عن السؤال انه مكروه ، وان تركه أولى .

٢ – سئل الامام الصادق (ع) عن رجل أصاب سمكة ، وفي جوفها سمكة ؟ قال : يؤكلان جميعاً .

٣ – قال الامام الصادق (ع) : ان علياً أمير المؤمنين (ع) قال في رجل أبصر طيراً ، فتبعه ، حتى وقع على شجرة ، فجاء رجل فأخذه ، قال : للعين ما رأت ، ولليد ما أخذت .

٤ – قال الامام (ع): الحوت ذكيٌّ حيهُ وميتهُ .

قال الفقهاء استناداً الى هذه الرواية : يجوز أكل السمك حياً .

وسئل الامام (ع) عن السمك يشوى ، وهو حي ؟ قال : نعم ، لا بأس .

الاطعمة والاشربة

ـ وإذا تردّى الحيوان في حفرة أو بئر، وتعذر اخراجه حياً، وذبحه في مكانه على الوجه الشرعي جاز جرحه وطعنه في أي جزء اتفق من بدنه حتى يموت، ويحل أكله على شريطة أن تتوافر بالضارب والطاعن شروط الذابح المتقدمة، وأن يسمي. أما استقبال القبلة مع التعذر فليس بشرط. فقد سئل الامام الصادق (ع) عن ثور تردى على منخره، فيقتطع، ويسمى عليه؟ قال: لا بأس به، ويؤمر بأكله. وقال: إذا البعير ـ أي حيوان أهلي مستأنس ـ ترديت في بئر، فلم يقدر على منحرها، فلينحرها من حيث يقدر، ويسمي الله عز وجل، ويأكل.

روايات عن أهل البيت (ع):

١ ـ سئل الامام ابو جعفر الصادق (ع) عن شراء اللحم من الأسواق، ولا يدرون ما صنع القصابون؟ قال: إذا كان ذلك في أسواق المسلمين، فلا تسأل عنه.

وقد فهم صاحب الجواهر من النهي عن السؤال انه مكروه، وان تركه أولى.

٢ ـ سئل الامام الصادق (ع) عن رجل أصاب سمكة، وفي جوفها سمكة؟ قال: يؤكلان جميعاً.

٣ ـ قال الامام الصادق (ع): ان علياً أمير المؤمنين (ع) قال في رجل أبصر طيراً، فتبعه، حتى وقع على شجرة، فجاء رجل فأخذه، قال: للعين ما رأت، ولليد ما أخذت.

٤ ـ قال الامام (ع): الجراد ذكيّ حيّه وميّته.

قال الفقهاء استناداً الى هذه الرواية: يجوز أكل الجراد حياً.

وسئل الامام (ع) عن السمك يشوى، وهو حي؟ قال: نعم، لا بأس.

من الآيات والروايات :

قال تعالى : « قل لا اجد فيما اوحي إليّ محرماً على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فانه رجس أو فسقاً أهل لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان ربك غفور رحيم – الانعام ١٤٥ » .

« قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده والطيبات من الرزق – الاعراف ٣٢ » .

« يا ايها الناس كلوا مما في الارض حلالاً طيباً – البقرة ٢٨ » .

« هو الذي خلق لكم في الارض جميعاً – البقرة ٢٨ » .

وقال الامام علي (ع) لبعض اصحابه : اترى الله احل لك الطيبات، وهو يكره ان تأخذها ؟ انت اهون على الله من ذلك .

وقال الامام الصادق (ع) : كل شيء فيه حلال وحرام فهو لك حلال ابداً حتى تعرف الحرام بعينه فتدعه .

المأكول والمشروب بوجه عام :

كل الأشياء على الاباحة كتاباً وسنة وعقلاً واجماعاً مأكولاً كانت،

أو مشروباً إلا ما ورد النص بتحريمه خصوصاً ، كالميتة وما اليها ، أو عموماً ، كالأشياء الضارة ، وقد يصير الحلال بالذات محرماً بالواسطة . كالمغصوب والمتنجس ، والمحرم بالذات حِلا بالواسطة ، كأكل الميتة للمضطر .

وذكر الفقهاء في هذا الباب كل ما نص الشارع على تحريمه خصوصاً وعموماً من الأطعمة والأشربة ، ونعرض اقوالهم ملخصة مع أدلتها فيما يلي :

السمك :

اتفقوا بشهادة صاحب المسالك على ان كل حيوان بحري – غير السمك – لا يحل أكله ، حتى ولو كان له فلس ، أو كان على صورة الحيوان البري الذي يحل اكله .. وأيضاً اتفقوا ان السمك الذي له فلس حلال أكله .. واختلفوا في السمك الذي لا فلس له ، وذهب الأكثر الى تحريمه ، واستدلوا فيما استدلوا به ان محمد بن مسلم سأل الامام ابا جعفر الصادق (ع) عن السمك الذي لا قشر له ؟ فقال : كلْ ما له قشر من السمك ، وما كان ليس له قشر فلا تأكله .. وقال الامام الصادق (ع) : ان أمير المؤمنين كان يركب بغلة رسول الله (ص) بالكوفة ، ثم يمر بسوق الحيتان ، ويقول : لا تأكلوا ، ولا تبيعوا ما ليس له قشر .

أجل ، إذا كان له قشر في الأصل ، ثم زال ، وهو في الماء جاز أكله ، ومثلوا لذلك بنوع من السمك كان يسمى الكنعت ، واستدلوا بأن سائلاً سأل الامام الصادق (ع) عن الحيتان ما يؤكل منها ؟ فقال : ما كان له قشر . فقال السائل : جعلت فداك ، ما تقول في الكنعت ؟ قال : لا بأس بأكله . قال السائل : ليس لها قشر . قال الامام :

بلى ، ولكنها حوت سيئة الخلق ، تحتك بكل شيء - فيذهب قشرها - فاذا نظرت في أصل ذنبها وجدت لها قشراً .

وما في جوف السمكة من بيض وغيره يتبع السمكة نفسها في التحليل والتحريم ، فان حرم اكلها فالذي في جوفها حرام ، وان كانت حلالاً فهو كذلك ، قال الامام الصادق (ع) : اذا كان البيض مما يؤكل لحمه فلا بأس به وبأكله فهو حلال .. وقال : كل شيء لحمه حلال فجميع ما كان منه من لبن ، أو بيض ، أو انفحة ، كل ذلك حلال طيب .

الشك والتردد :

١ - اذا وجدت سمكتين : تعلم بأن احداهما يحل أكلها ، لأن لها فلساً ، وانها أخذت حية ، وتعلم بأن الثانية يحرم أكلها ، لأنها غير مذكاة ، أو لأنها من غير فلس ، واشتبه عليك الامر ، ولا سبيل إلى التمييز بينهما ، اذا كان كذلك يجب تركهما معاً ، لأنك قد علمت بوجود الحرام ، وأنت ملزم بتركه ، ولا يتم تركه إلا بترك السمكتين معاً ، فيتعين عليك الاجتناب عنهما ، تماماً كما هي الحال في اختلاط الثوب النجس مع الثوب الطاهر .

٢ - إذا علمت بأن للسمكة فلساً ، ولم تعلم : هل هي مذكاة اخذت حية ، أو لا ؟ فان كانت في يد مسلم حل أكلها ، وإلا حرم، لأن الأصل عدم التذكية ، وهذا هو حكم السمك المعلب .

٣ - إذا علمت انها مذكاة ، ولم تعلم : هل هي من نوع السمك الذي له فلس ، فيحل أكلها ، أو من النوع الذي لا فلس له فيحرم.. إذا كان كذلك حل أكلها ، سواء أخذت من يد مسلم ، أو غير مسلم، لقول الامام (ع) : كل شيء لك حلال ، حتى تعلم انه حرام .

وتسأل : ما الفرق بين العلم بأن للسمكة فلساً مع الجهل بأنها مذكاة، حيث قلت بالتحريم ، وبين العلم بأنها مذكاة مع الجهل بأن لها فلساً ، حيث قلت بالحل ؟

الجواب واضح ، وهو الفرق بين العلم بالتذكية وعدمها ، فانه مع العلم بها لا يجري أصل عدم التذكية ، لأن موضوعه الشك والجهل ، وعليه تجري قاعدة كل شيء حلال ، اما مع الجهل بالتذكية فيجري أصل عدمها ، ولا يبقى مجال لقاعدة الحلال .

البهائم الأهلية :

أصبح من نافلة القول ان الابل والبقر والجاموس والغنم والمعز ، حلال أكلها[1] ويحل أكل الخيل والبغال والحمير على كراهية ، قال صاحب الجواهر : « للاصل ، والنصوص المقطوع بمضمونها ، قال محمد بن مسلم: سألت الامام ابا جعفر الصادق (ع) عن لحوم الخيل والبغال والحمير ؟ فقال : حلال ، ولكن الناس يعافونها » .

ويحرم الكلب والخنزير ، لنجاستها ، ويحرم السنور ، لأنه من نوع السباع ، وقد ثبت عن الامام الصادق (ع) انه قال : كل ذي ناب من السباع ، ومخلب من الطير فهو حرام ، قال صاحب الجواهر : « يحرم للنص عليه بخصوصه ، ولأنه سبع كما في بعض النصوص» .

---

١ قال الشهيد الثاني في اللمعة : « ومن نسب الينا تحريم الابل فقد بهت ، نعم ، هو مذهب الخطابية ، لعنهم الله » والخطابية اتباع محمد بن مقلاص المكنى بأبي الخطاب ، ومن أقواله «كل من عرف الامام حل له كل شيء » وكان معاصراً للامام الصادق (ع) فلعنه وتبرأ منه.

البهائم البرية :

أجمعوا بشهادة صاحب الجواهر على ان الحيوانات البرية يحل منها الغزلان والبقر والغنم والمعز والحمير المتوحشة ، واليحمور ، وهو – على ما قيل – حيوان يشبه الابل ، ويحرم منها السباع ، وهي كل حيوان له ظفر ، أو ناب يفترس به ، قوياً كان كالأسد والنمر والفهد والذئب ، أو ضعيفاً كالضبع وابن آوى . قال صاحب الجواهر : « الاجماع على ذلك مضافاً الى السيرة المستمرة ، وقول الامام (ع) : لا تأكل من السباع شيئاً – ثم قال – وكذا لا خلاف ، بل الاجماع على تحريم القنفذ » .

وفي المجلد الثالث من كتاب الوسائل للحر العاملي باب الأطعمة روايات عن أهل البيت (ع) جاء فيها :

« قد حرم الله لحوم المسوخ .. وانها ثلاثة عشر صنفاً : الفيل ، والدب ، والخنزير ، والقرد ، والجريت – نوع من السمك – والضب ، والوطواط ، والدعموص – دويبة سوداء تغوص في الماء ، وتكون في الغدرات – والعقرب ، والعنكبوت ، والأرنب ، وسهيل والزهرة .. قال الصدوق : سهيل والزهرة دابتان من دواب البحر المحيط » .

وأيضاً في الكتاب المذكور عن الامام الرضا (ع) : « حرم الله الأرنب ، لأنها بمنزلة السنور ، ولها مخالب كمخالبه ، ومخالب سباع الوحش ، فجرت مجراها ، مع قذارتها في نفسها ، وما يكون منها من الدم ، كما يكون من النساء » .

الحشرات :

لا يوجد في النص دليل على تحريم الحشرات بوجه هام ، وعليه فما كان منها ساماً فهو حرام ، لمكان الضرر ، وما عداه تشمله قاعدة كل

شيء لك حلال ، حتى تعلم انه حرام .

وتقول : ان الفقهاء استدلوا على تحريم الحشرات بأنها من الخبائث ، والخبائث محرمة بنص القرآن الكريم ، وهو قوله تعالى : « ويحرم عليهم الخبائث – الاعراف ١٥٦ » .

والجواب ان الشارع لم يبين ما أراد من الخبائث في قوله : « ويحرم عليهم الخبائث » ، وقد رأيناه يستعمل لفظ الخبيث في معان شتى ، منها الشيطان ، كقول الرسول (ص) : لا تعودوا الخبيث من أنفسكم ، ومنها الانسان ، كقوله تعالى : ليميز الخبيث من الطيب ، ومنها الشيء الرديء ، لقوله سبحانه : ولا تيمموا الخبيث منه ، ومنها اللواط ، كقوله عز وجل : ونجيناه من القرية التي كانت تعمل الخبائث . ومنها البصل والثوم والكراث ، كحديث : من أكل من هذه الشجرة الخبيثة فلا يقرب مسجدنا ، ومنها مهر البغي ، كحديث مهر البغي خبيث ؛ وثمن الكلب خبيث ، يريد انه حرام ، ومنها الكلمة كقوله تعالى : ومثل كلمة خبيثة ، الى غير ذلك .

واذا لم يكن للشارع اصطلاح في معنى الخبيث ، والمعنى العرفي غير منضبط يكون اللفظ مجملاً ، وبديهة ان الواقعة التي ورد النص فيها مجملاً تكون بمنزلة ما لا نص فيه اطلاقاً .

وقال صاحب الجواهر ما ملخصه : ان معنى قوله تعالى : « يحرم عليكم الخبائث » ان كل حرام فهو خبيث ، وليس معناه ان كل خبيث فهو حرام ، كي يقال بأن لفظ الخبائث مجمل .

ويلاحظ بأن هذا خلاف ظاهر الآية الكريمة ، لأن الخبائث فيها موضوع للتحريم ، وليس التحريم موضوعاً للخبائث .. هذا ، بالاضافة الى ان قول صاحب الجواهر يخالف ما عليه الامامية القائلون بأن الله نهى عن هذا ، لأنه قبيح وخبيث ، وأمر بذاك ، لأنه طيب وحسن ،

ويتفق مع قول الاشاعرة القائلين بأن هـذا حسن وطيب ، لأن الله أمر به ، وذاك خبيث وقبيح ، لأن الله نهى عنه .

الطير :

الطيور ، كالسمك والبهائم ، منها حلال ، ومنها حرام ، والحرام على أنواع :

١ ـ المفترسة التي تصطاد غيرها من الطيور ، قال الامام الصادق(ع) : حرم رسول الله (ص) كل ذي مخلب من الطير ، والمخلب الظفر .. ومثل الفقهاء له بالبازي ، والصقر ، والعقاب ، والشاهين ، والباشق ، والنسر ، والرخمة ـ طائر من الجوارح كبير الجثة ـ والبغاث ، وهو طائر اصفر بطيء الطيران ، قال صاحب الجواهر : « والاجماع على ذلك وفي الغراب روايتان : احداهما تقول بأنه مكروه ، والثانية قالت بالحرمة ـ واختار هو الحرمة ـ لأن الرواية التي حرمت أصح سنداً ، ومعتضدة بغيرها مما دل على الحرمة من نص واجماع » .

٢ ـ كل طير صفيفه أكثر من دفيفه يحرم أكله ، والصفيف بسط الجناحين من غير تحريكهما حين الطيران ، ويقابله الدفيف ، أي يحرك جناحيه ، وهو طائر ، فان تساوى الصفيف والدفيف ، أو كان الدفيف أكثر من الصفيف حل أكله ، قـال صاحب الجواهر : الاجماع على ذلك مضافاً الى النصوص ، فقد سئل الامـام ابو جعفر (ع) عما يؤكل من الطير ؟ فقال : كلْ ما دفّ ، ولا تأكل ما صفّ .. وفي رواية ثانية : ان كان الطير يصف ويدف ، وكان دفيفـه أكثر من صفيفه أكل ، وان كان صفيفه أكثر من دفيفه فلا يؤكل .

٣ ـ كل طير برياً كان أو بحرياً ليس له قانصة ، ولا حوصلة ، ولا صيصة فهو حرام ، وما كان له واحد من هذه الثلاث فهو حلال

إلا ان يثبت النص على تحريمه بالذات ، كالطاووس والوطواط .. والصيصة شوكة خلف رجل الطير خارجة عن الكف ، وهـذا تلخيص ما قاله صاحب الجواهر :

« الاجماع على ذلك ، والنصوص فيه كثيرة منها قول الامام (ع) : كلْ من الطير ما كانت له قانصة ، أو صيصة ، أو حوصلة .. ومنها القانصة والحوصلة يمتحن بهما من الطير ما لا يعرف طيرانه ، وكل طير مجهول .. والمستفاد من مجموع النصوص عموماً وخصوصاً ، ومطلقاً ومقيداً ، ومنطوقاً ومفهوماً ان للحرمة علامات أربعاً : المخلب وأكثرية الصفيف ، وانتفاء القانصة والحوصلة والصيصة ، والمسخ كالوطواط ، وان للحل أربع علامات : اكثرية الدفيف ، والحوصلة والقانصة والصيصة .. وقد توافق النص والفتوى على عدم الفرق بين طير البر والماء في العلامات المذكورة ، فيؤكل من طير الماء ما وجدت علامة من علامات الحل ، حتى ولو كان يأكل السمك ، لاطلاق الأدلة ، ولأن الامام الرضا (ع) سئل عن طير الماء ما يأكل السمك منه ؟ قال : لا بأس به ، كله » .

وبعد ان ذكر الفقهاء علامات الحلال والحرام في الطير بوجه العموم ، قالوا : يحل الحمام والدجاج بشتى اصنافها ، والدراج والحجل والقبج والقطا والبط والكروان والحبارى والكركي ، والعصافير جميعاً ، ومنها البلبل والزرزور والقبّرة .

البيض :

بيض الطير يتبعه في التحليل والتحريم ، فبيض الطير الحرام مثله ، وكذا بيض الطير الحلال ، واذا رأيت بيضة ، ولم تعلم : هل هو من الحلال ، أو الحرام نظرت الى طرفيها ، فان تساويا ، بحيث لا يمكن التمييز بينهما فهي حرام ، وان اختلفا ، بحيث كان أحد الطرفين عريضاً

مفرطحاً كبيض الدجاج ، فهو حلال ، قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف ، فقد سئل الامام الصادق (ع) عن رجل يدخل الاجمة – اي الشجر الكثير – فيجد فيها بيضاً مختلفاً ، لا يدري أبيض ما بكره من الطير ، أو يستحب ؟ قال : ان فيـه علماً لا يخفى ، انظر الى كل بيضة تعرف رأسها من أسفلها فكلْ ، ومـا سوى ذلك فدعه .. وفي رواية ثانية : ما كان مثل بيض الدجاج ، وعلى خلقته ، احدى رأسيه مفرطح ، وإلا فلا تأكل . والمفرطح هو العريض » .

الحرام بالواسطة :

قد يصير الحلال بالذات حراماً بالواسطة ، طيراً كان أو غيره من الحيوانات . وقد ذكر الفقهاء لهذا التحريم اسباباً ثلاثة :

١ – الجلال ، وهو ان يتغذى الحيوان أو الطير من عذرة الانسان خاصة دون ان يشرك معها غيرها ، يتغذى بها امداً حتى ينبت عليهـا لحمه ، ويشتد عظمه في نظر العرف ،فاذا تغذى من القذارات والنجاسات غير عذرة الانسان ، أو تغذى بها وبغيرها معاً فلا يكون جلالاً ، وقد ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر الى تحريم لحوم الحيوانات والطيور الجلالة ، لقول الامام الصادق (ع) : لا تأكلوا من لحوم الجلالات ، وان اصابك من عرقها فاغسله .

ويذهب الجلل العارض بالاستبراء ، ويحل اكلـه ، وذلك ان يُمنع الحيوان عن العلف النجس ، ويعلف بالطاهر الى أمد يزول معـه اسم الجلل عرفاً ، ويختلف الأمد طولاً وقصراً باختلاف الحيوان . وقد روي عن الامام (ع) انه قال : الناقة الجلالة لا يؤكل لحمها ، ولا يشرب لبنها ، حتى تغذى أربعين يوماً ، والبقرة الجلالة لا يؤكل لحمها ، ولا

يشرب لبنها ، حتى تغذى ثلاثين يوماً ، والشاة الجلالة لا يؤكل لحمها ولا يشرب لبنها ، حتى تغذى عشرة أيام ، والبطة لا يؤكل لحمها ، حتى تربى خمسة أيام ، والدجاجة ثلاثة أيام .

٢ – اذا وطأ انسان دابة ينظر : فان كانت مما يؤكل كالبقر والغنم فيجب ان تذبح ، ثم تحرق ، ويغرم الواطىء قيمتها للمالك ، ان لم يكن هو الفاعل ، وان لم تكن مما يؤكل عادة ، كالخيل والحمير ، فيجب اخراجها الى بلد آخر ، وتباع فيه بأي ثمن ، ويُعطى للواطىء، ويغرم هو بدوره القيمة السوقية لصاحبها،فقد سئل الامام ابو جعفر الصادق(ع) عن الرجل يأتي البهيمة ؟ قال : يجلد دون الحد ، ويغرم قيمة البهيمة لصاحبها ، لأنه أفسدها عليه ، وتذبح ، وتحرق ، ان كانت مما يؤكل لحمه ، وان كانت مما يركب ظهره أغرم قيمتها ، وجلد دون الحد ، واخرجت من المدينة التي فعل بها الى بلد آخر ، حيث لا يعرف ، فيبيعها فيها كيلا يعرفها .

قال صاحب الجواهر : « لا فرق بين ان يكون الواطىء كبيراً ، أو صغيراً ، عاقلاً أو مجنوناً ، عالماً بالتحريم أو جاهلاً » .

٣ – اذا شرب الحيوان من لبن خنزيرة ، حتى نبت لحمه ، وقوي عظمه حرم لحمه ، ولحم نسله ، وان شرب منه دون ان ينبت اللحم ويقوى العظم ، أو شرب من لبن كلبة ، لا خنزيرة فلا يحرم هو ولا نسله ، بل يكون مكروهاً ، قال صاحب الجواهر: بلا خلاف أجده .. وقال الشهيد الثاني في المسالك : وفيه نصوص كثيرة لا تخلو من ضعف ، ولكن لا رادّ لها .

اشتباه الموطوءة :

قال الفقهاء : إذا وطئت غنمة ، ثم دخلت في قطيع الغنم ، ولم تُعرف

قُسّم القطيع إلى قسمين ، ثم اجريت القرعة عليها ، فيسلم القسم الذي لم تخرج عليه القرعة ، وتعاد القرعة ثانية على القسم الذي وقعت،وهكذا تعاد القسمة والقرعة ، حتى يبقى شاتان ، فيقرع بينهما ، وتذبح وتحرق الشاة التي عينتها القرعة ، واستدلوا على ذلك بروايات عن أهل البيت(ع) منها ان الامام (ع) سئل عن رجل أتى على قطيع غنم ، فرأى الراعي ينزو على شاة منها ، فلما أبصره خلى سبيلها ، فدخلت في الغنم .. فقال الامام : ان عرف الغنمة ذبحها وأحرقها ، وان لم يعرفها قسم الغنم نصفين ، وساهم بينهما – أي أقرع – فاذا وقع السهم على احد النصفين فقد نجا النصف ، ولا يزال كذلك ، حتى يبقى شاتان فيقرع بينهما ، فأيتها وقع السهم عليها ذبحت واحرقت ، ونجا سائر الغنم .

الحيوان وشرب الخمر :

ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر إلى ان الحيوان إذا شرب الخمر يحرم ما في جوفه فقط من الامعاء والقلب والكبد ، أما لحمه فحلال ، لقول الامام الصادق (ع) :إذا شربت الشاة خمراً ، حتى سكرت فذبحت على تلك الحال لا يؤكل ما في بطنها .

قال صاحب الجواهر : وهذه الرواية ، وان كانت خاصة بالشاة دون غيرها ، ولكن الحكم يشمل جميع الحيوانات ، لعدم القائل بالفرق بين الشاة وغيرها .

ويلاحظ ، مع غض النظر عن ضعف الرواية ، بأن عدم القول بالفصل ليس دليلاً شرعياً الا اذا رجح الاجماع ، ومع ذلك فانه لا يستدعي سد باب الاجتهاد ، فقد رأينا الكثير ممن تأخر ، ومنهم صاحب الجواهر يقول بما لم يقل به احد ممن تقدم في العديد من

المسائل[1] .. هذا ، الى ان الرواية خاصة في الشاة التي شربت الخمر وسكرت منه .. فتعميم الحكم لكل شاة، حتى ولو لم تسكر ، ثم تعميمه لكل حيوان . حتى ولو لم يكن شاة محل نظر وتأمل .

وإذا شرب الحيوان شيئاً من النجاسات – غير الخمر – كالبول فلا يحرم لحمه ولا ما في جوفه ، بل يغسل جوفه استحباباً ، ويؤكل ما فيه من الامعاء والقلب والكبد ، فقد سئل الامام أبو جعفر الصادق (ع) عن شاة شربت بولاً ، ثم ذبحت ؟ قال : يغسل ما في جوفها ، ثم لا بأس .

وحمل الفقهاء الأمر بغسل الخوف على الاستحباب،قال صاحب الجواهر : « بلا خلاف أجده .. وكذلك اذا اعتلف الحيوان العذرة ، ولم يبلغ حد الجلالة » .

الحرام من غير الحيوان :

تكلمنا فيما سبق عما يحل ويحرم من ذوات الأرواح البرية والبحرية ، حيث يمكن ضبطها بالعلامات ، كالفلس في السمك ، والحوصلة ، أو الصيصة ، أو القانصة في الطير الحلال ، والمخلب في الطير الحرام ، والافتراس في الحيوان ، وما إلى ذلك .. ونتكلم عن المحرم مما لا روح فيه مأكولاً كان ، أو مشروباً ، أما الحلال منه فلا حصر له .

ومن الفروق بين الحيوان وغيره من حيث التحليل والتحريم ان الحيوان

---

[1] اقفل السنة باب الاجتهاد ، وسدوه في وجه كل عالم ، وان بلغ أعلى المراتب ، وفسروا ذلك بأن الفقيه العالم ليس له ان يرتأي رأياً لا يوافقه عليه احد ممن تقدم عليه ، وفتح الامامية باب الاجتهاد ، وفسروه بأن للفقيه ان يعمل برأيه الذي تكون من الأدلة والأصول، سواء أوافق غيره ، أو خالف ..

يجري فيه أصل عدم التذكية إذا شك في قابليته لها، أو في وقوعها بعد العلم بالقابلية إذا لم يكن اللحم في يد مسلم ، ونتيجة هذا الأصل حرمة أكل اللحم المشكوك في غير يد المسلم ، أما المشكوك في حله وحرمته من غير الحيوان فتجري فيه قاعدة كل شيء حلال ، حتى تعلم الحرام بعينه ، وبديهة ان ما تنطبق عليه هذه القاعدة من المصاديق والافراد لا حصر لها ، أما المحرمات من غير الحيوان فيمكن حصرها ، ولو على الغالب، كما قال صاحب المسالك .

وعلى أية حال ، فقد ذكر الفقهاء في هذا الباب للمحرم خمسة أنواع من الأطعمة : الميتة ، ومحرمات الذبيحة ، والنجاسات ، والطين ، والسموم ، وخمسة أنواع من الأشربة ، وفيما يلي التفصيل .

الميتة :

تحرم الميتة اجماعاً ونصاً ، ومنه قوله تعالى : «حرمت عليكم الميتة». وأيضاً أجمعوا على ان عشرة أجزاء من الميتة يحل استعمالها ، وهي : الصوف ، والشعر ، والوبر ، والريش - ولا يجب غسل شيء من هذه إلا اذا قلعت ، فيجب غسل اصلها لاتصاله برطوبة بدن الحيوان - والقرن ، والظفر ، والظلف - وهو كالحافر لما يجتر من الحيوانات ، كالبقر والشاة - والسن ، والعظم ، والبيض على شريطة ان يكتسي القشر الاعلى الصلب ، والا فهو بحكم الميتة ، والانفحة ، وهي معدة الحمل أو الجدي حال ارتضاعه ، وتصير كرشاً بعد ان يأكل العلف والنبات ، وتسمى مجبنة ، حيث يصنع الجبن بسببها .

والأصل في استثناء هذه من الميتة قول الامام الصادق (ع) : عشرة أشياء من الميتة ذكية : القرن ، والحافر ، والعظم ، .السن، والانفحة، واللبن ، والشعر ، والصوف ، والريش ، والبيض .. وفي رواية ثانية

عنه انه قال : ان كانت اكتست البيضة الجلد الغليظ فلا بأس بها .. وفي ثالثة ذكر الوبر، وبديهة ان الشعر والوبر والصوف من صنف واحد، وحكمها واحد .

وبالرغم من ان الرواية التي عددت الاصناف العشرة قد ذكرت اللبن من جملتهـا فان الفقهاء اختلفوا في استثنائه ، قال صاحب المسالك : « ذهب الشيخ - يريد الطوسي المعروف بشيخ الطائفة - وأكثر المتقدمين، وجماعة من المتأخرين على انه طـاهر ، للنص على طهارته في الروايات الصحيحة ، ومنها صحيحة زرارة ، قلت للامام الصادق (ع) : اللبن يكون في ضرع الشاة ، وقد ماتت ؟ قال : لا بأس به » .

اختلاط الذكي بالميت :

إذا اختلط المذكى من الحيـوان بالميت ولا سبيل الى التميز وجب الامتناع من الجميع ، امتثالاً لوجوب الامتناع من الميتة ، ولا يتم هذا الامتثال إلا بترك الكل .

وهل يجوز بيع المجموع من الحلال والحرام المشتبهين ، بيعها ممن يستحل الميتة ؟

قال جماعة من الفقهاء : يجوز ، ويحل الثمن لقول الامام الصادق(ع) : إذا اختلط الذكي والميتة باعه ممن يستحل الميتة ، وأكل ثمنه .. وأيضاً سئل عن رجل كانت له غنم وبقر ، فلم يدرك المذكى منهـا فيعزله ، ويعزل الميتة ، ثم ان الميتة والمذكى اختلطا ، كيف يصنع ؟ قال : يبيعه ممن يستحل الميتة ، فانه لا بأس به .

قال صاحب الجواهر: « فالمتجه العمل بهذين الخبرين الجامعين لشرائط الحجية خصوصاً بعد الشهرة المحكية في مجمع البرهان على العمل بهما» .

وتجدر الاشارة الى ان كل جزء تحله الحياة اذا قطع من حيوان حي فهو بحكم الميتة لا يحل اكله .

محرمات الذبيحة :

اختلف الفقهاء في عدد المحرمات من الذبيحة ، فعدها بعضهم ثمانية ، واقتصر الشهيد الثاني على تسعة ، وقال الشهيد الأول في اللمعة : يحرم من الذبيحة خمسة عشر شيئاً :

١ – الدم ، وهو غير الدم المتخلف في الذبيحة بعد خروج المعتاد منها .

٢ – الطحال ، جاء في بعض الروايات ان الامام أمير المؤمنين(ع) كان ينهى عن الطحال ، فقال له بعض القصابين : يا أمير المؤمنين ، ما الكبد والطحال إلا سواء . فقال له : كذبت ، اءتوني بإناءين فيهما ماء ، ولما جيء بهما قال : شقوا الكبد من وسطه ، والطحال من وسطه ، ثم أمر بوضع كلٍ في الماء ، فلم يتغير الماء الذي فيه الكبد ، وصار الماء الذي فيه الطحال دماً .

٣ – القضيب .

٤ – الانثيان ، وهما البيضتان .

٥ – الفرث ، وهو الروث ، وقد أجمع الفقهاء على تحريم هذه الخمسة بشهادة صاحب الجواهر .

٦ – المثانة ، وهي مجمع البول .

٧ – المرارة .

٨ – المشيمة ، وهي بيت الولد .

٩ – الفرج ، ظاهره وباطنه .

١٠– العلباء ، وهما عرقان عريضان ممدودان من الرقبة الى قرب الذنب .

١١ – النخاع ، وهو الخيط الأبيض الذي ينظّم خرز سلسلة الظهر .

١٢ – الغدد ، المعروفة عندنا بالدرن .

١٣ – ذات الاشاجع ، وهي اصول الاصابع التي تتصل بعصب ظاهر الكف .

١٤ – خرزة الدماغ ، وهي حبة في الرأس بقدر الحمصة تميل الى الغبرة .

١٥ – حدقة العين .

قال الشهيد الثاني معلقاً على ذلك : «ان المتيقن تحريمه من هذه : الدم ، والطحال ، والفرث ، والفرج ، والقضيب ، والانثيان ، والمثانة ، والمرارة ، والمشيمة . أما تحريم الباقي فيحتاج الى دليل ، والاصل يقتضي عدمه ، والروايات يمكن الاستدلال بها على الكراهة لسهولة خطبها » .

يريد ان الروايات التي دلت على المنع من غير هذه التسعة ضعيفة لا يمكن الاستدلال بها على التحريم . ومن الجائز الاستدلال بها على الكراهة ، لأن القول بالكراهة أسهل من القول بالتحريم .. ومن الروايات التي أشار اليها الشهيد الثاني ما جاء عن الامام الصادق (ع) انه قال : لا يؤكل من الشاة عشرة أشياء : الفرث ، والدم ، والطحال ، والنخاع ، والعلباء ، والغدد ، والقضيب ، والانثيان ، والحيا ، والمرارة .

النجس بالأصل وبالواسطة :

النجس بالأصل ما كانت عينه نجسة ، كالدم والبول من ذي النفس السائلة ، وما اليها مما ذكرنا في الجزء الأول بعنوان « اعيان النجاسات » .. والنجس بالواسطة ما خالطه شيء من النجاسات ، ويسمى المتنجس ، وأجمع الفقهاء كلمة واحدة على تحريم أكل النجس والمتنجس . قال صاحب الجواهر : هو من القطعيات ، ان لم يكن من الضرورات .

الطين :

جاء عن أهل البيت (ع) روايات كثيرة تنهى عن أكل الطين ، وتشدد في النهي عنه ، وفي بعضها : « من اكل الطين فقد اشرك في دم نفسه » . مما يكشف ان قلةً في ذاك العصر كانوا يأكلون الطين ، وإلا فأي معنى لتخصيص الطين ، مع العلم ان اكل التراب وما اليه محرم ، ويؤيد ذلك ان اقوال أهل البيت (ع) في التحريم والتشدد جاءت أجوبة عما وردهم من الاسئلة ، بل في بعضها ان رجلاً قال للامام أبي جعفر الصادق (ع) : اني رجل مولع بأكل الطين ، فادعُ الله لي بتركه .

وقد أشارت النصوص الى المضار التي تترتب على أكل الطين ، منها انه يورث السقم ، ويهيج الداء ، ويورث النفاق ، والحكة في الجسد، والبواسير ، ويثير داء السوداء ، ويذهب بالقوة من الساقين والقدمين .

السموم :

كل شيء ضار فهو حرام اجماعاً وعقلاً ونصاً ، ومنه قوله تعالى : « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة – البقرة ١٩٥ » . وقول الامام الصادق(ع) : كل شيء يكون فيه المضرة على بدن الانسان من الحبوب والثمار حرام اكله إلا في حال الضرورة .

وكفى بقول الرسول الأعظم (ص) : « لا ضرر ولا ضرار » دليلاً قاطعاً ، وحاكماً على أدلة التكاليف الشرعية .

وهنا سؤال يفرض نفسه ، وهو : هل الحرام هو ما نعلم ونقطع بوجود الضرر فيه ، او انه يشمل الضرر المظنون والمحتمل ، بحيث يجب الامتناع عما يحتمل انه مضر فضلاً عما يُقطع أو يظن بضرره ؟

ذهب أكثر من الفقهــاء ، أو الكثير منهم إلى ان الضرر الدنيوي يجب دفعه إذا كان مقطوعاً أو مظنوناً ، أما المحتمل فلا يجب دفعــه والامتناع عنه. والحق ان كل ما يعد فعله ضرراً وتهلكة في نظر العرف فهو حرام،حتى ولو كان محتملاً ، فضابط التحريم ان لا يكون الفاعل في أمن من الضرر عند العقلاء .

ومن نافلــة الكلام وفضوله ان نستدل على جواز تناول القليل من المواد السامة التي يصفها الطبيب للمريض .

الأشربة المحرمة:

سبق في فقرة « الحرام من غير الحيوان » في هذا الفصل خمسة أنواع من الأطعمة المحرمة ، وخمسة من الأشربة ، وتكلمنا عن كل نوع من الأطعمة في فقرة مستقلة ، ونتكلم الآن عن الاشربة بأنواعها الخمسة في هذه الفقرة :

١ – الخمر ، والمراد به كل مسكر،سواء أصدق عليه اسم الخمر، أو غير اسم الخمر ، حتى ولو كان الاسم غريباً عن اللغة العربية، قال الامام الصادق (ع) : لم يحرم الله الخمر لاسمها،ولكن حرمها لعاقبتها ، فما كان عاقبته عاقبة الخمر فهو حرام .. وأيضاً قيل له : لمَ حرم الله الخمر ؟ فقال : حرم الله الخمر ، لفعلها وفسادها ، لأن مُدمن الخمر تُورثه الارتعاش ، وتذهب بنوره ، وتهدم مروءته ، وتحمله أن يجسر على ارتكاب المحارم ، وسفك الدماء ، وارتكاب الزنا ، ولا يؤمن اذا سكر أن يثبَ على حرمه ، وهو لا يعقل ذلك ، ولا تزيد شاربها إلا كل شر .

وقد ثبت تحريم الخمر وانها من الكبائر ، تماماً كالزنا والسرقة ، ثبت ذلك بضرورة الدين ، ومنكرها غير مسلم ، وشاربها عن تهاون ،

مع العلم بتحريمها فاسق يحد بثمانين جلدة رجلاً كان ، أو امرأة .

وقال جاهل محتجاً بجهله ، أو مستهتراً بدينه : ان القرآن لم يحرم الخمر .

ونجيب أولاً : لقد نهى الرسول الأعظم (ص) عن الخمر ، ولا فرق بين نهي الله ، ونهي نبيه بعد قوله تعالى : وما آتكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا — الحشر ٧ » . ومن أقوال الرسول (ص) في الخمر انه لعن عشرة من أجلها : غارسها وحارسها وعاصرها وشاربها وساقيها وحاملها والمحمولة اليه وبائعها ومشتريها وآكل ثمنها .

ثانياً : ان الله سبحانه وصفها تارة بالاثم ، وتارة بأنها رجس من عمل الشيطان ، ويكفي في تحريمها انها اثم ، ومن عمل الشيطان ، قال تعالى : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير — البقرة ٢١٠ » . وقال : « انما الخمر والميسر والانصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان — المائدة ٩١ »[1] . وقال : « انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر — المائدة ٩٤ » .

ومن لا يزدجر بهذه النذر البوالغ فلا زاجر له ، ولا رادع .. وسئل الامام الرضا (ع) عن تحريم الخمر في كتاب الله فقرأ قوله تعالى: « قل انما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن والاثم والبغي بغير الحق — الاعراف ٣٢ » ثم قرأ قوله سبحانه : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير » .

واذا عطفنا احدى الآيتين على الأخرى يكون المعنى ان الخمر اثم ، وكل اثم حرام ، فالخمر — اذن — حرام .. هذا ، الى ان أحاديث الرسول الأعظم (ص) هي بيان وتفسير لآي الذكر الحكيم : « وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما انزل اليهم ولعلهم يتفكرون — النحل ٤٤ » .

---

١ الميسر القمار . والانصاب والازلام ، القداح ، وهي سهام كانوا يجيلونها للقمار .

واجمعوا بشهادة صاحب الجواهر ان ما يسكر كثيره فقليله حرام ، حتى ولو لم يسكر . قال الامام الصادق (ع) : ما اسكر كثيره فقليله حرام .. وقيل له : ما تقول في قدح من السكّر يغلب عليه المـاء ، حتى تذهب عاديته - أي ضرره - ويذهب سكره ؟ فقال الامام : لا ، والله ، ولا قطرة تقطـر منه في حب الا اهريق ذلك الحب .. وقال : اذا شُرب خمر أو مسكر على مائدة حرمت المائدة .. وقال : لا تجالسوا شرّاب الخمر ، فإن اللعنة اذا نزلت عمت من في المجلس .. ومن هنا أفتى الفقهاء بتحريم الأكل على مائدة يُشرب الخمر عليها .

٢ - الدم ، قل ، أو كثر ، إذا كان من حيوان لا يؤكل لحمه سواء أكانت له نفس سائلة ، كالأرنب ، وابن آوى ، أو لم تكن ، كالضفدع والوزغ ، أما الدم من حيوان مأكول فيحرم بالأجـماع اذا كانت له نفس سائلة ، كالبقر والغنم الا ما تخلف في الذبيحة . أما دم الحيوان المأكول الذي لا نفس سائلة له ، كالسمك فقد اختلف الفقهاء في حكمه ، فمن قائل بالتحريم ، وآخر بالتحليـل ، وثالث بالتفصيل بين أكله مستقلاً فيحرم ، ومع السمك فيحل ، والأولى الترك اطلاقاً .

٣ - كل مائع يتنجس بمماسته للنجاسة يحرم شربه .. أجل ، لو جمد، كالدبس والسمن أيام الشتاء تُلقى النجاسة ، وما لاقته ، ويحل الباقي ، قال الامام أبو جعفر الصادق (ع) : إذا وقعت الفأرة في السمن فماتت، فان كان جامداً فألقها وما يليها ، وكلْ ما بقي ، وان كان ذائباً فلا تأكله .

وأجمعوا بشهادة صاحب الجواهر على انه يجوز بيع الادهان المتنجسة، ويحل ثمنها،على شريطة اعلام المشتري بذلك ، فقد سئل الامام الصادق(ع) عن سمن أو زيت أو عسل مات فيه جرذ ، فقال : اما السمن والعسل فيؤخذ الجرذ وما حوله ، وأما الزيت فيستصبح به .. أو يبيعه ويبينه لمن اشتراه ، ليستصبح به .

قال صاحب الجواهر ، وصاحب المسالك : يجب اعلام المشتري ، حتى ولـو كان ممن يستحل المتنجس .. وهو حق ، لتحريم الغش ، واطلاق النص .

٤ ـ الاعيان النجسة ، ومثّل لها الفقهاء ببول ما لا يؤكل لحمه.. ونحن لا نشك في تحريم جميع الابوال من جميع الحيوانات المأكولة ، وغير المأكولة ، لاستخباثها بالفطرة .. وكنا في غنى عن هـذه الاشارة لو لم يتعرض الفقهاء لها بالتفصيل والتطويل .

٥ ـ اللبن يتبع الحيوان ، فاذا حرم أكل لحمه حرم شرب لبنه ، كالذئبة واللبوة والدبة ، وإذا حل أكل لحمه على كراهة فلبنه كذلك، كلبن الخيل والحمير . قال صاحب الجواهر : بلا خلاف أجد فيه .

الاكل من مال الغير :

لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال غيره بأي نحو من انحاء التصرف إلا بإذنه ، واستثنى الفقهاء من ذلك أمرين :

الأول : الأكل من بيوت الذين ذكرتهم هـذه الآية : «ولا على انفسكم ان تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت امهاتكم أو بيوت اخوانكم أو بيوت اخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم ، أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم ليس عليكم جناح ان تأكلوا جميعاً أو اشتاتاً ـ النور ٦١ » .

فيجوز للانسان ان يأكل من أي بيت من هـذه البيوت ، دون ان يأذن صاحبها ، أو يحرز رضاه بالأكل . وهـذا هو الفرق بين هذي البيوت : وبين سواها من مال الغير ، حيث لا يجوز تناول شيء منه، وان قل وحقر إلا بالاذن الصريح من المالك ، أو العلم برضاه ، كما انه لا يجوز الأكل من هذه البيوت التي عددتها الآية الكريمة إذا نهى أصحابها

عن الاكل ، أو عُلم من القرائن بعدم الرضا والترخيص .

والمراد بالآباء ما يشمل الاجداد ، وبالامهات ما يشمل الجدات . والمراد بما ملكتم مفاتحه من كانت له السلطة على المال بالولاية أو الوصاية أو الوكالة . والمراد بالأكل ان يتناول شيئاً من الفاكهة ، أو الخضار ، أو الطعام المعتاد الذي اعد لغداء أو عشاء أصحاب البيت دون الشيء العزيز الذي يدخر لحالات خاصة ، فقد سئل الامام (ع) عما يحل للرجل من بيت أخيه ؟ قال : المأدوم والتمر .

وتسأل : لماذا لم تذكر الآية الكريمة بيوت الأبناء ؟

والجواب ان الآية تدل على بيوت الأبناء بمفهوم الموافقة ، تماماً كما يدل قوله تعالى : « ولا تقل لهما اف » على تحريم الشتم والضرب، واذا جاز للأخ ان يأكل من بيت أخيه ، وللوكيل ان يأكل من المال الموكل به فبالاولى ان يجوز للوالد ان يأكل من بيت ولده .. هذا ، بالاضافة الى قول الرسول الأعظم (ص) : « انت ومالك لأبيك » .

الثاني : الأكل مما يمر به من فاكهة ، أو خضار ، وهو المعروف بحق المارة ، على شريطة ان لا يقصد المرور لأجل الأكل ، وان لا يفسد شيئاً مما يمر به من الحقل أو البستان ، وان لا يحمل معه شيئاً منها ، وان لا يعلم ، أو يظن بعدم رضا المالك .. فإذا قصد المرور ليأكل ، أو افسد ، أو حمل كان آثماً وضامناً .

رائحة المسكر :

قال صاحب الجواهر : « لا خلاف معتد به في انه لا يحرم شيء من الأشربة التي يُشم منها رائحة المسكر ، كرب الرمان والتفاح والسفرجل والتوت وغيرها ، لأن كثيره لا يسكر » .

فضابط التحريم ان يكون الشراب بذاته موجباً للاسكار وذهاب العقل

اذا تناول الكثير منه ، أما مجرد رائحة المسكر ، والمادة المسكـرة في الشيء فإنها لا توجب التحريم ، فالعنب أم الخمرة ، والخل أخوها ، وهما من أهنأ وأمرأ الأطعمة والأشربة في الشريعة .

الضرورات تبيح المحظورات :

تقوم الشريعة الاسلامية على مبادىء وأسس يقاس بها كل حكم من أحكام الشريعة من أي نوع كان،ومن تلك المبادىء السعة وعدم الضرر واليسر وعدم الحرج ، وهو أصل مطلق غير مقيد،وحاكم غير محكوم ، لا ينفيه شيء ، وبه ينتفي كل شيء يوجب العسر والحرج الا اذا كان وسيلة لما هو أهم وأعظم ، كالجهاد والتضحية في سبيل الله جل وعز . وقد أعلن القرآن الكريم ، والسنة النبوية هذا المبدأ بأساليب شتى .

قال تعالى : « وما جعل الله عليكم في الدين من حرج – الحج ٧٨ » .
« يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر – البقرة ١٨٥ » .
« يريد الله ان يخفف عنكم – النساء ٢٧ » .
« فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم – المائدة ٣ » .
« وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه – الانعام ١١٩ » :
« انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه – البقرة » .

ومن السنة النبوية : « لا ضرر ولا ضرار » .. « وكلما غلب الله عليه فهو أولى بالعذر » . أي ان الله سبحانه يعذر المغلوب على أمره، لأسباب قاهرة لا قدرة له عليها .. قال صاحب الجواهر : « ان هذه القاعدة ينفتح منها ألف باب » .

هذا ، بالاضافة الى حكم العقل والفطرة بأن التكليف بمـا لا يطاق

قبيح من الحكيم العليم .. وبعد هذا التمهيد نشير فيما يلي الى معنى المضطر والاضطرار الذي يبيح المحرمات،والى الترخيص في مقدار التناول منها .

معنى المضطر :

معنى المضطر من حيث هو معروف عند الناس ، وليس للشارع اصطلاح خاص به ولكن المتشرعة ، وأعني بهم الفقهاء ، قد حددوا المضطر ، لا من حيث هو ، بل من حيث يسوغ له ارتكاب المحظور وقالوا : ان المضطر هو الذي يخاف التلف على نفسه لو لم يتناول المحرم أو يخشى حدوث المرض،أو زيادته،أو أنه يؤدي إلى الضعف والانهيار، أو يخاف الضرر والأذى على نفس أخرى محترمة ، كالحامل تخاف على حملها ، والمرضعة على رضيعها ، أو أكرهه قوي على أكل أو شرب المحرم ، بحيث إذا لم يفعل آذاه في نفسه ، أو في ماله ، أو في عرضه وشرفه ، بل إذا خاف على نفس أخرى محترمة ، أو عرضها ، أو على مال الغير الذي يجب عليه ، كما لو قال له القوي : إذا لم تشرب الخمر فسأقتل فلاناً ، أو أعتدي على عرضه وشرفه ، أو أسلب المال الموجود عندك أمانة ، كل ذلك ، وما اليه من المسوغات والمبيحات،قال صاحب الجواهر :

« الظاهر تحقق الضرر بالخوف على نفس غيره إذا كانت محترمة ، كالحامل تخاف على الجنين ، والمرضع على الطفل .. او عرض نفس محترمة ، أو مال محترم يجب عليه حفظه ، أو غير ذلك من الضرر الذي لا يتحمل عادة إذا كان الخوف معتداً به عند العقلاء » .

وبالاجمال ان الاضطرار المسوغ لا ينحصر بالخوف من هلاك النفس، بل هناك أشياء أخر يترتب على وقوعها ضرر أشد وأعظم محذوراً من اتيان المحظور .. أجل ، ليس من الاضطرار المسوغ للقتل التهديد به

إذا لم يقتل ، فاذا قال له : اقتلك ان لم تقتل فلاناً فـلا يجوز له ان يفعل ذلك ، ليدفع الضرر عن نفسه .

الضرورة تقدر بقدرها :

متى تحقق الاضطرار حل للمضطر ان يتناول من الشيء المحظور مقدار ما يرتفع به الضرر ، ومن هنا اشتهر بين الفقهاء : « الضرورة تقدّر بقدرها » ويدل عليه قوله تعالى : « من اضطر غير باغٍ ولا عاد فلا اثم عليه » . والباغي من يرتكب الحرام من غـير ضرورة ، والعادي من يضطر اليـه ، ولكنه يتجاوز مقدار الحاجة الملحة[1] . وقال الامام الصادق (ع) : اباح الله للمضطر – من الحرام – في الوقت الذي لا يقوم بدنه إلا به ، فأمره ان ينال منه بقدر البلغة لا غير .

وتسأل : لو افترض ان المضطر امتنع تنزهاً عن الحرام ، وآثر الضرر ، هل يعد عاصياً مستحقاً للعقاب ، والحال هذه ؟

أجل ، هو آثم ، لأنه خالف قوله تعالى : « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » وقد روي عن الامام (ع) انه قال : « من اضطر الى الميتة والدم ولحم الخنزير فلم يأكل شيئاً من ذلك ، حتى يموت فهو كافر» . قال صاحب الجواهر : « ان ضعف هذه الرواية يجبره عمل الفقهاء » .

ونحن على يقين بان هذا ليس من الورع في شيء ، وانمـا الورع والتقوى في التضحية ، وتحمل الضرر ، لاعزاز كلمة الحق والدين لا في الامتناع عن النجس مع الاضطرار اليه .

---

١ كثرت الاقوال في تفسير الباغي والعادي ، والذي ذكرناه هو المفهوم من لفظ الآية وسياقها .

الاضطرار وحق الغير :

ان الاضطرار يسقط الخطاب التكليفي الذي يترتب الاثم والعقاب على عصيانه ، ولا يسقط الخطاب الوضعي الذي هو حق للغير ، فمن اضطر الى التناول من مال غيره لدفع الهلاك جاز له ان يأخذ منه ما يسد الرمق ويحفظ الحياة ، طابت نفس المالك ، أو ابت ، ولكن على المضطر ضمان القيمة .

وإذا مانع صاحب الطعام المضطر جاز له قتاله دفعاً للضرر عن نفسه ، ونقل صاحب المسالك عن شيخ الطائفة انه قال : « اذا امتنع صاحب الطعام عن بذله إلا بأكثر من ثمنه ، فان كان المضطر قادراً على قتاله قاتله ،وان قُتل المضطر فعلى صاحب الطعام الدية ، أو القصاص،وان قتل صاحب الطعام فدمه هدر » .

التداوي بالخمر :

قال جماعة من الفقهاء : للمضطر ان يتناول ما يزيل به الضرر من جميع المحرمات إلا الخمر ، فإنها لا تحل له بحال،بل لا يجوز التداوي بأدوية فيها شيء من المسكر ، وذهب أكثر الفقهاء بشهادة صاحب المسالك الى الجواز إذا انحصر الدواء والشفاء بها « لأن حفظ النفس من التلف واجب ، وتركه محرم ، وهو أغلظ تحريماً من الخمر،فإذا تعارض التحريمان – أي ترك حفظ النفس ، وشرب الخمر – وجب ترجيح الأخف ، وترك الأقوى، ولأن تحريم الميتة ولحم الخنزير أفحش وأغلظ من تحريم الخمر فأباحتها للمضطر يوجب إباحة الخمر بطريق اولى » .

واختار صاحب الجواهر جواز التداوي بالخمر ، وقال : الأصح الجواز مع الاضطرار .. أما الروايات الواردة في تحريمه فيمكن حملها على امكان التداوي بغير الخمر ، وعدم انحصار الدواء فيها .

المائدة وآدابها :

في كتب الفقه والحديث روايات كثيرة عن أهل البيت (ع) في آداب المائدة ، وبيان النافع والضار من الأطعمة والأشربة ، وقد جمعها الحر العاملي في المجلد الثالث من كتاب وسائل الشيعة باب الأطعمة والأشربة ، وتبلغ المئات ، ولو أُخرجت في كتاب مستقل لجاءت في مجلد ضخم ، وفيما يلي بعض ما تضمنته تلك الروايات :

يستحب غسل اليدين قبل الطعام وبعده ، مع غسل الفم، وان يفتتح الأكل بالملح ، ويختم به ، وان لا يأكل الفاكهة إلا بعد غسلها ، فعن الامام ان لكل ثمرة سماً .

وقال الامام أمير المؤمنين (ع) : لا تجلس على الطعام الا وأنت جائع ، ولا تقم عن الطعام إلا وأنت تشتهيه ، وجوّد المضغ ، وإذا نمت فاعرض نفسك على الخلاء،فإذا استعملت هذا استغنيت عن الطب .

وقال حفيده الامام الصادق (ع) : قال رسول الله (ص) : الطعام إذا جمع ثلاث خصال فقد تم : إذا كان من حلال ، وكثرت الأيدي عليه ، وسمى في أوله ، وحمد الله في آخره .. وقال : لا تأكل،وأنت تمشي إلا ان تضطر إلى ذلك .. وان يأكل كل انسان مما بين يديه ، ولا يتناول شيئاً من أمام الآخر إلا الفاكهة .

ويكره أكل الطعام حاراً،فعن الامام الصادق (ع) ان رسول الله(ص) قُدم اليه طعام حار ، فقال : نحوه ، حتى يبرد ، ان الله لم يطعمنا النار .. ونهى ان ينفخ في طعام ، أو شراب .

ويُستحب أكل اللحم على ان لا يُدمن عليه،قال الإمام الصادق(ع) : اللحم ينبت اللحم ، ومن تركه اربعين يوماً ساء خلقه .. وقال : لا تدمنوا أكل السمك فانه يذيب الجسد .

وقال : ما استشفى مريض بمثل العسل .. وقال : لم يكن رسول

الله (ص) يأكل طعاماً ، أو يشرب شراباً الا قال : اللهم بارك لنا فيه، وابدلنا خيراً منه إلا اللبن فانه كان يقول : اللهم بارك لنا فيه،وزدنا منه.

وفي الأحاديث والروايات مدح وترغيب في أكل الفاكهة والخضار ، فعن الرسول الأعظم (ص) عليكم بالفواكه في اقبالها،فانها مصحة للابدان، وقال الامام الصادق (ع) : خمسة من فاكهة الجنة : الرمان ، والتفاح ، والسفرجل ، والعنب ، والرطب .. وروي عنه انـــه كان يكره تقشير الفاكهة .. وقال : الهندباء سيدة البقول .. وقال حفيده الامام الرضا : السلق شفاء من الادواء .. وقال: كلوا الزيتون ، فانه من شجرة مباركة.. وقيل للامام الصادق (ع) : ان الزيتون يجلب الريح . فقــال : لا ، بل يطرد الريح .

ونختم هــذا الفصل بقوله عز من قائل : « وهو الذي انشأ جنات معروشات ، وغير معروشات والنخل والزرع مختلفاً اكله والزيتون والرمان متشابهاً وغير متشابه كلوا من ثمره اذا اثمر واتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا انه لا يحب المسرفين – الانعام ١٤١ » .

قيل : المعروشات ما يزرعه الانسان ، وغير المعروشات ما ينبت من تلقائه في البراري والجبال ، والمتشابه من الفواكه ما يشبه بعضهـا بعضاً في الطعم واللون والصورة .

من مصادر هذا الجزء

وسائل الشيعة للحر العاملي .

الكتاب المعروف بالرسائل للشيخ الانصاري .

الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي .

منهاج الصالحين للسيد الحكيم .

العروة الوثقى للسيد اليزدي .

ملحقات العروة للسيد اليزدي .

المسالك للشهيد الثاني .

الحدائق للشيخ يوسف البحراني .

مفتاح الكرامة للسيد جواد العاملي .

فهرست

القرض والدَّين

الرهن

الضمان

الحوالة

الكفالة

الصلح

الشركة

القسمة

الشفعة

تصرفات المشتري

مسقطات الشفعة وتوريثها والتنازع

المضاربة

المزارعة

المساقاة

الوديعة

العارية

الهبة

السبق والرماية

الوكالة

الاجارة

احكام الاجارة

الجعالة

اللقطة

الطفل اللقيط

لقطة الحيوان

لقطة المال

الصيد

الذباحة

الاطعمة والاشربة

انتهى

لقطة الحيوان

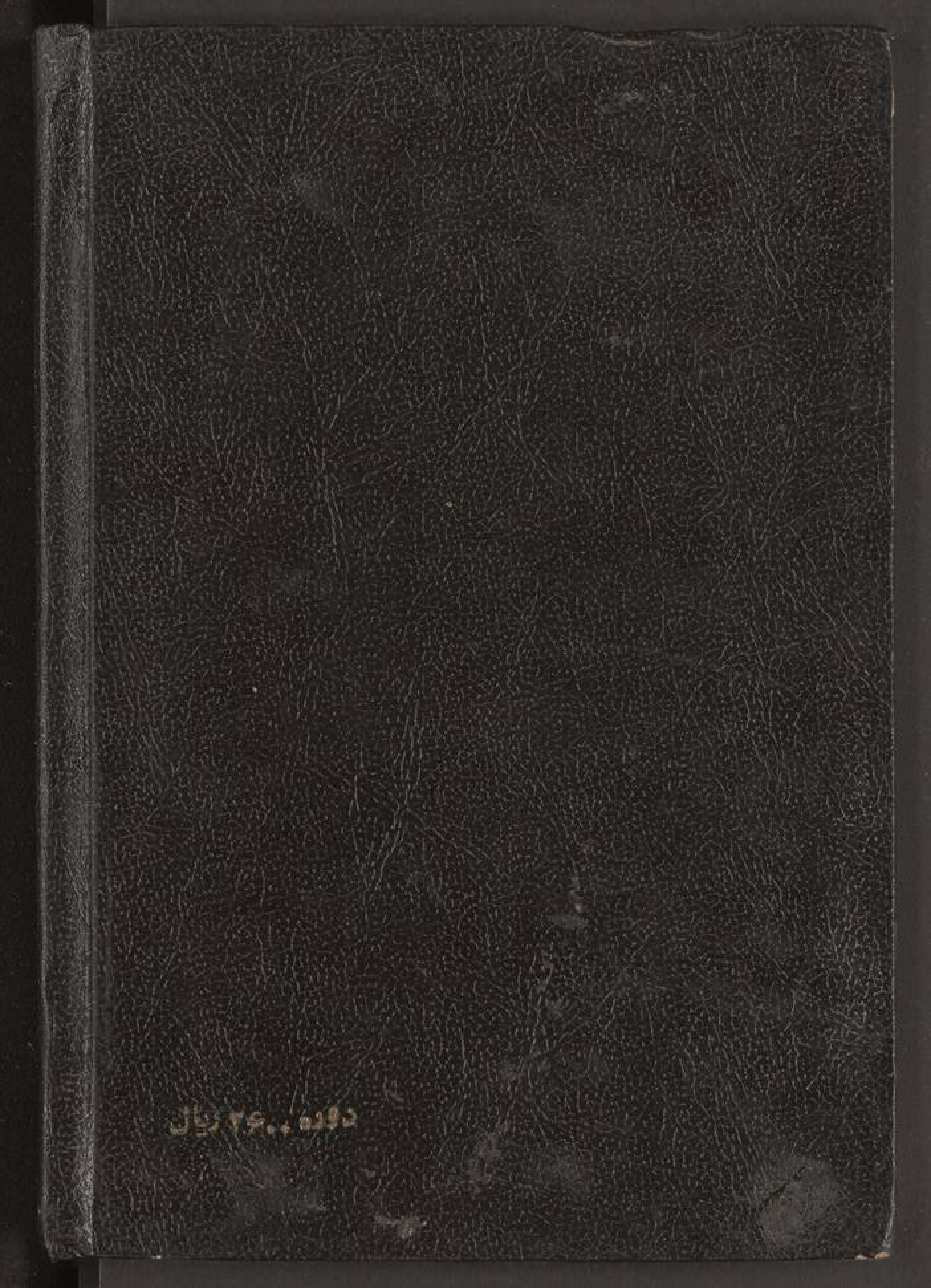
لقطة المال

الصيد

الذباحة

الأطعمة والأشربة

انتهى


دوره ۳۶۰۰ ریال